GEIST DES RÖMISCHEN RECHTS AUF DEN VERSCHIEDENEN STUFEN SEINER...

Rudolf von Jhering

Digitized by Google

SOLD

1.15

Digitized by Google

3d Jan. 1916.

Digitized by Google

Digitized by Google

Geist des römischen Rechts

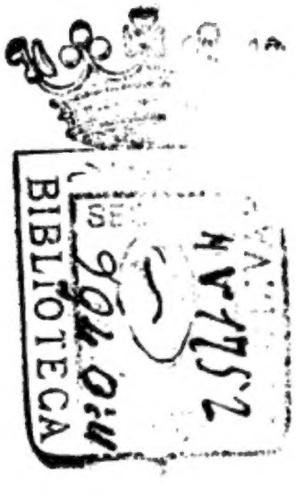
auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Dritter Theil.

Erste Abtheilung.

1526
2544



Digitized by Google

Digitized by Google

58 H.S.

Geist des römischen Rechts

auf den

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Von

Rudolph von Jhering,

Geh. Justizrathe u. ordentl. Professor der Rechte in Göttingen.

Dritter Theil.

Erste Abtheilung.

Dritte Auflage.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1877.

ROMAN
903
JHE

Digitized by Google

Forty
I 259
Auf. 3

Harvard Law Library
Duplicate
SOLD

Digitized by Google

Vorrede zur dritten Auflage.

Die gegenwärtige dritte Auflage des vorliegenden Bandes ist ein unveränderter Abdruck der zweiten Auflage. Beschäftigt mit der Ausarbeitung einer Schrift, deren ich in der Vorrede zur zweiten Auflage gedachte, dem Zweckmoment im Recht oder wie sie demnächst heißen wird: dem Zweck im Recht — einer Schrift, welche aus der Theorie der Rechte herausgewachsen ist und eine Ergänzung des gegenwärtigen Werks bildet, habe ich meine Kraft nicht theilen und zersplittern wollen, um sie auf etwas Untergeordnetes zu verwenden, während sie für die Hauptsache kaum ausreicht. Dazu kommt, daß der gegenwärtige Band mir von allen vier am wenigsten Anlaß zu Aenderungen geboten haben würde; höchstens hätte ich einige Literaturnachträge liefern können. Da mein Werk aber nicht bestimmt ist, den Leser mit der einschlagenden rechtshistorischen Literatur bekannt zu machen, sondern von derselben nur so weit Notiz nimmt, als die eigene Ansicht mich zwingt, Stellung zu derselben zu nehmen, die Materien aber, die ich in diesem Bande be-

Digitized by Google

handle, außerordentlich ſelten von Andern berührt worden ſind, ſo dürfte der Werth dieſer Ausgabe durch Nichtberückſichtigung der Literatur bei den ſehr wenigen Punkten, wo dies ausnahmsweiſe ſeit der zweiten Auflage (1871) der Fall geweſen iſt, wenig verloren haben.

Gleichzeitig oder kurz nach dem Erſcheinen dieſes Bandes wird ein Regiſter zu den vier bisher erſchienenen Bänden publicirt werden, deſſen Nothwendigkeit von mir ebenſo empfunden worden iſt als von Andern. An den fünften Band kann ich erſt gehen, wenn die oben erwähnte Schrift, welche während der Arbeit immer mehr angeſchwollen iſt und zwei Bände in Anſpruch nehmen wird, erſchienen ſein wird.

Göttingen, 14. März 1877.

Der Verfaſſer.

Digitized by Google

Inhalt des dritten Theils.

Erſter Abſchnitt.

Zuſammenhang mit dem Früheren.

B. 2. Abth. 2 (§. 37—41).
A. Das Weſen der Technik im Allgemeinen.
B. Die Technik des ältern Rechts.
(1) Die Jurisprudenz (§. 42).
(2) Haften des Rechts an der Aeußerlichkeit (§. 43—47).
B. 3. Abth. 1.
(3) Die juriſtiſche Kunſt (§. 48—58).
I. Die Analytik des Rechts.
II. Die juriſtiſche Oekonomie.

Die juriſtiſche Kunſt.

§. 48. Gegenſatz des folgenden Abſchnittes zum vorhergehenden — Die ſpecifiſch-juriſtiſche Kunſt — ihr Antheil an der urſprünglichen Bildung des Rechts — ihr Charakter. S. 1—11.

I. Die Analytik des Rechts. §. 49 — 55.

§. 49. Ueberſicht. S. 11—14.

A. Der Proceß.

1. Analytiſcher Mechanismus deſſelben.

§. 50. Relativ frühe Entwicklung des Proceſſes — Antheil des analytiſchen Gedankens an der Organiſation des altrömiſchen Proceſſes — Der Zerſetzungszwang des Actionenſyſtems — Fixirung des Moments der Litis-Conteſtation — Idee der proceſſualiſchen Cäſur. S. 15—26.

2. Die Actionen processualische Reagentien.

§. 51. Casuistische Erläuterung — Unzulässigkeit der Klagencumulation — Das Gesetz der Scheidung der Klagen — Auffindung desselben auf inductivem Wege — Individualitätsmoment des Eigenthums, der Obligation und des Erbrechts — casuistische Erprobung des Gesetzes. S. 27—48.

3. Die Vertheidigung.

§. 52. Aelteres und neueres System derselben — Vertheidigung in Form der Negation (Formulirung der Klage in jus und in factum) — Spielraum derselben im Vergleich zur Exception — Möglichkeit der Geltendmachung eines Gegenanspruches in processualisch unsichtbarer Form (Rechtssätze mit Exceptionszweck) und in processualisch sichtbarer Form (Klage mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts — Substituirung einer andern Klagformel im Interesse des Beklagten — Doppelklage) — Vertheidigung in Form der Klage — die processualische Strafklage und die leges minus quam perfectae — Gesammturtheil über den analytischen Mechanismus des alten Processes. S. 48—132.

B. Das Rechtsgeschäft.

§. 53. Correspondenzverhältniß in der Structur des Processes und Rechtsgeschäfts — Der Grundsatz der Einfachheit des Rechtsverhältnisses — Der Gedanke der Concentration des Rechtsgeschäfts: Simultaneität des Akts, des Thatbestandes und der Wirkungen (Bedingung und dies). S. 132—175.

C. Die abstracte Analyse.

1. Grundsatz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper.

§. 54. Gegensatz des ältern und neuern Rechts — zusammengesetzte und einfache Rechtskörper — Maßstab der Einfachheit — juristische Gestaltung des Obligationselements in nicht-obligatorischen Verhältnissen (analytische Composition der alten reivindicatio) — Prüfung der Rechte vom analytischen Standpunkt — Gedanke der Einseitigkeit der Rechtsverhältnisse. S. 176—201.

2. Analytische Vereinfachung des Thatbestandes.

§. 55. Vereinfachung des Thatbestandes im Interesse des Beweises — Ausscheidung lösbarer Elemente in Form selbständiger Begriffe und Verhältnisse — die abstracte Eigenthumsübertragung (doppelte Beurtheilung desselben Aktes vom Standpunkt des Eigenthums und der Obligation aus) — die abstracte Obligation (die act. receptitia) — der abstracte Rechtsträger (die juristische Person) — Anwendung des

Grundsatzes in den Verhältnissen des öffentlichen und des Privatrechts — System der politischen Vitiosität — Verfassungsmäßigkeit der Gesetze. S. 201—235.

II. Die juristische Oekonomie.

1. Bestreitung der Bedürfnisse auf einfachem Wege.

§. 56. Das Gesetz der Sparsamkeit — Die Kunst sich zu behelfen — Der einfache und künstliche Weg — Exemplification des erstern an einer Reihe von Beispielen. S. 236—255.

2. Die Schleichwege des Lebens.

§. 57. Die Verwendung der Rechtsverhältnisse im Leben — Mißbrauch der Familienverhältnisse — Mittel zur Vereitelung der erbrechtlichen Beschränkungen. S. 255—269.

3. Die künstlichen Mittel.

§. 58. Die Constructionshandlungen — Die Scheingeschäfte — Die coemptio fiduciae causa — Theorie der Scheingeschäfte — Dogmatische Selbständigkeit derselben — Adoption zum Zweck der transitio ad plebem und adoptio regia — Die Fictionen. S. 269—301.

Zweiter Abschnitt.

Die Rechte.

(Correspondirt dem ersten Abschnitt: allgemeine Charakteristik des Rechtssystems §. 23—58.)

Der Abschnitt zerfällt in zwei Unterabschnitte:

A. Allgemeine Theorie der Rechte.
B. Die einzelnen Rechte.

Allgemeine Theorie der Rechte.

Die Rechte des ältern Privatrechts.

§. 59. Historischer Charakter der Grundbegriffe des ältern Rechts — ihre Veränderlichkeit — Die wahren Quellen derselben — Ueberschätzung des logischen Elements im Recht. S. 302—316.

I. Begriff des Rechts.

1. Das ſubſtantielle Moment des Rechts.

§. 60. Unzulänglichkeit des Willens- und Machtbegriffs für die Definition des Rechts— Das ſubſtantielle Moment des Rechtsbegriffs und die damit gegebenen Begriffe: Nutzen, Gut, Werth, Intereſſe — Die praktiſche Verwirklichung des Rechts: der Genuß. Die verſchiedenen Formen des Genuſſes. Die Dispoſitionsbefugniß ein Wahlrecht in Bezug auf die Genußformen. S. 317—338.

2. Das formale Moment des Rechts.

§. 61. Der Selbſtſchutz der Intereſſen oder die Klage — Die Gränze dieſes Schutzes — Klagmechanismus und Recht der Deſtinatäre im Verhältniß der Corporationen und Stiftungen — Rechtsverhältniſſe an res religiosae und publicae (Recht des Gemeingebrauchs) — Gegenſatz des Individual- und Gemeinrechts — Der Beſitz und die bonae fidei possessio. S. 338—354.

Die juriſtiſche Kunſt.

Gegenſatz des folgenden Abſchnittes zum vorhergehenden. — Die ſpecifiſch-juriſtiſche Kunſt — ihr Antheil an der urſprünglichen Bildung des Rechts — ihr Charakter.

XLVIII. Schon eine geraume Zeit verweilt unſere Darſtellung auf dem Gebiete der älteren Jurisprudenz, und wäre es wahr, was Manche lehren, daß der Beruf der Jurisprudenz in dem Interpretiren der Geſetze beſtehe, ſo könnte unſeres Bleibens hier nicht lange mehr ſein, denn dieſen Zweig der juriſtiſchen Thätigkeit haben wir bereits (§. 44) kennen lernen, und was wäre ſonſt noch viel übrig? Allein ſo paradox es klingt: der Haupttheil unſerer Aufgabe, das Schwierigſte iſt noch zurück, und erſt von jetzt an können wir behaupten uns im Centrum der römiſchen Jurisprudenz zu befinden, während wir uns bisher bloß in den Außenwerken umher getrieben haben. Zwar eine Reihe intereſſanter Erſcheinungen haben wir auch dort angetroffen, Züge, die namentlich für den phyſiognomiſchen Ausdruck des ältern Rechts im Gegenſatz des neuern höchſt charakteriſtiſch ſind, allein dieſelben gehören nicht ſowohl der Jurisprudenz, als der Zeit an, ſie waren nichts als die Reflexe, in denen die damalige Culturſtufe innerhalb der Jurisprudenz ſich abſpiegelte, und ſie wiederholen ſich darum auch auf den andern Gebieten des geiſtigen Lebens.

Interpretiren und Formeln aufſetzen mußte der Pontifex auch außerhalb des eigentlich juriſtiſchen Gebietes, eine ſpecifiſch-juriſtiſche Kunſt übte er damit nicht aus, und der Geiſt, in dem er es that, jene früher nachgewieſene Abhängigkeit vom Wort, kam nicht auf Rechnung der Jurisprudenz, ſondern auf die der Zeit.

Dies ändert sich von nun an gänzlich. Unsere Darstellung versetzt uns jetzt in die innerste Werkstätte der Jurisprudenz und verschafft uns die Gelegenheit, sie in ihrem geheimsten Wirken und Schaffen zu belauschen. Die Aufgaben und Interessen, die es hier gilt, die Mittel, mit denen sie gelöst werden, die Operationen und Kunstgriffe, die hier zur Anwendung gelangen, kurz der ganze Gedanken-Apparat, den wir hier wahrnehmen, ist ausschließlich juristischer Art, es ist die specifisch-juristische Kunst, welche wir im Folgenden bei ihrem Werk: der technischen Gestaltung des älteren Rechts, zu beobachten haben werden. Die von uns vorausgeschickte allgemeine Theorie der Technik (§. 38—41) macht es eben so möglich als nöthig uns ausschließlich auf das historische Material, welches das ältere Recht uns bietet, zu beschränken.

Die heutzutage herrschende Lehre datirt das Auftreten der Jurisprudenz in der Geschichte erst aus einer verhältnißmäßig späten Zeit. Eine lange Periode der rein naiven und gewohnheitsrechtlichen Existenz des Rechts war ihr zufolge vorausgegangen, und geraume Zeit bereits war der Gesetzgeber thätig gewesen, bevor die Jurisprudenz sich von ihrem Lager erhob. Um noch an der Grundlegung des Rechts sich zu betheiligen, dazu kam sie viel zu spät, denn die Fundamentalbegriffe des Rechts waren längst fertig und fest geworden, der Ablagerungs- und Erstarrungsproceß des Rechts im Ganzen und Großen bereits vollzogen; was ihr zu thun übrig blieb, war mithin nur ein Nachhelfen und Nachbessern im Kleinen und Einzelnen, das Poliren und Feilen. Diese Ansicht habe auch ich früher getheilt, eine fortgesetzte Beschäftigung mit dem ältern römischen Recht hat mich jedoch überzeugt, daß dieselbe ein reines Phantasie-Product ist, dem die Geschichte keinerlei Unterstützung gewährt — der Traum von einem goldnen Zeitalter des Rechts, in dem die Menschen, ohne zu suchen, das Richtige getroffen hätten, in dem die Rechtsbegriffe ohne Zuthun des Menschen am Baum der Erkenntniß gewachsen seien, von dem er nur nöthig gehabt hätte sie zu pflücken, oder von dem sie ihm gar von selbst in den Schooß gefallen wären. Die positive Behauptung,

die ich dieſer Lehre entgegenſtelle, iſt die: daß die Geſchichte des Rechts mit einem eiſernen Zeitalter begonnen hat, mit dem harten Ringen und Arbeiten des menſchlichen Verſtandes, daß Abſicht, Reflexion, Bewußtſein, Berechnung bereits bei der Bildung des Rechts thätig geweſen, daß die juriſtiſche Kunſt ſchon an der Wiege deſſelben geſtanden hat.

Wie uns heutzutage die Begriffe nicht von ſelbſt zufallen, ſondern mit Mühe und Anſtrengung gewonnen werden müſſen, ſo und nicht anders iſt es auch in jener hiſtoriſchen Epoche der Fall geweſen, wo die Grundbegriffe des Rechts ſich gebildet haben, und die Meinung, als ob die Völker in ihrer Kindheit den Begriff des Eigenthums, der Obligation u. ſ. w. nicht nöthig gehabt hätten zu ſuchen und auszubilden, ſondern ihn fertig vorgefunden hätten, iſt um nichts beſſer, als daß ſie ihre Häuſer, Pflugſcharen u. ſ. w. aus den Händen der Natur erhalten hätten.

Aber wie ſie um letzterer willen Jahrhunderte lang haben denken, arbeiten, in Verſuchen ſich abmühen müſſen, eben ſo und in noch viel höherem Grade um jener willen; überall muß eine lange Zeit des Taſtens und Suchens, des Schwankens und der Unſicherheit vorhergegangen ſein, bevor dieſe Begriffe jene knappen, feſten Formen angenommen haben, die ſie ſchon bei ihrem erſten hiſtoriſchen Auftreten an ſich tragen.

Einer je längern Prüfung ich dieſe Begriffe unterworfen habe, um ſo feſteren Fuß hat die Ueberzeugung bei mir gefaßt, daß ſie in Wahrheit Kunſtproducte ſind, und zwar Producte einer Kunſt, die uns die höchſte Bewunderung abnöthigt. Wer die Jurisprudenz mit der juriſtiſchen Schriftſtellerei identificirt und ſie daher von dem erſten Buch an, das da geſchrieben iſt, datirt, für den freilich fällt dieſe Kunſt weit zurück vor die Zeiten der Jurisprudenz und hat auf den Namen der letzteren keinen Anſpruch. Allein wer wie ich das Kriterium der Jurisprudenz in etwas anderem erblickt als im Bücherſchreiben, wer ſie ſetzt in das juriſtiſche Denken, der wird jener Kunſt dieſen Namen nicht vorenthalten, denn von einem juriſtiſchen Denken legen die Begriffe

und Formeln, die sie uns überliefert hat, in einer Weise Zeugniß ab, wie ganze Wagenladungen von Büchern es für so manche schreibluſtige Zeitalter nicht könnten. Dies Denken geht nur nicht, wie bei uns, in die Breite und ist uns nur nicht in seiner ursprünglich flüssigen Gestalt, sondern objectivirt und comprimirt auf kleinsten Raum, d. h. in Gestalt eines Rechtsbegriffs erhalten, und darum wird es von so Vielen übersehen, wie man ja auch im gewöhnlichen Leben sich oft nicht bewußt ist, daß die einfachsten Geräthschaften, Kunstgriffe u. s. w. Resultate eines oft über Jahrhunderte sich ausdehnenden menschlichen Denkprocesses sind.

Wenn man aber mit uns jene Niederschläge des ältesten römisch-juristischen Denkens, wie wir die Grundbegriffe des römischen Rechts nennen dürfen, einer Analyse unterwirft, das in ihnen objectivirte Denken wiederum in Fluß versetzt, so erstaunt man wahrhaft über die geistige Kraft und Arbeit, von der sie Zeugniß ablegen, über die Fruchtbarkeit und Einfachheit der Gedanken und die Consequenz und Energie der Durchführung — Eigenschaften, welche die Idee, daß die unmittelbare Volksüberzeugung, das naive, nicht reflectirende Denken sie hervorgebracht habe, geradezu zu einer Abgeschmacktheit stempeln; man sieht eine reiche Gedankenwelt sich aufthun, eine Welt, von der freilich eine Rechtsgeschichtsschreibung, der die werthlosen Namen von Juristen schwerer wogen, als juristische Gedanken, eben so wenig eine Vorstellung hatte, wie der Ungebildete sie von der Welt hat, die in Form der Versteinerungen das Innere der Erde uns aufbewahrt. Wie das Auge des Paläontologen in diesen Versteinerungen den steinernen Bericht über die Geschichte unserer Erdrinde erblickt, wie sie ihm Vorgänge und Umwälzungen aus einer Periode, früher als alle Geschichte, verkünden, so gehört auch nur die rechte Kunst des historischen Lesens dazu, um in dem ältesten Begriffsmaterial des römischen Rechts eine *juristische Schöpfungsgeschichte* desselben verzeichnet zu finden, einen Bericht über das, was bei der ursprünglichen Bildung seiner Grundbegriffe geschehen ist, wie mit dem Willen und dem sittlichen

Gefühl auch der Verſtand und die juriſtiſche Kunſt zu Rathe geſeſſen, was die älteſten Bildner des römiſchen Rechts beabſichtigt, erſtrebt, gewollt.

Es wäre Vermeſſenheit beſtimmen zu wollen, was bei der Geſtaltung der Begriffe auf Rechnung der juriſtiſchen Kunſt, was auf Rechnung der übrigen rechtsbildenden Factoren zu ſetzen, z. B. wie ſich der Antheil, den jene einerſeits und der Macht- und Freiheitstrieb anderſeits am römiſchen Eigenthumsbegriffe genommen haben, auf beide vertheilt, allein daß dieſe Kunſt an allen Rechtsbegriffen ihren Antheil und zwar ihren großen Antheil hatte, das ſteht mit unverkennbaren Zügen in jenem Bericht verzeichnet, ja es laſſen ſich gewiſſe, bei ihnen allen wiederkehrende techniſche Grundgedanken nachweiſen, die ihnen ein ganz beſtimmtes juriſtiſches Gepräge aufdrücken und uns in Stand ſetzen, einen Typus der Structur aufzuſtellen, der ſich bei ihnen eben ſo ſehr wiederholt, wie er ſich bei den Inſtituten, die erſt dem neuern Recht ihren Urſprung verdanken, verläugnet. Um darin ein Werk der naiven, nicht reflectirenden Volksanſchauung zu erblicken, während die Abſicht, Berechnung, Planmäßigkeit aus allem hervorleuchtet, müßte man geradezu die Augen ſchließen — eben ſo gut könnte man glauben, daß die Conſtruction der Dampfmaſchine durch Zufall gefunden worden ſei. Wie die Darſtellung des Einzelnen ſpäter genauer nachweiſen wird, entfernt ſich die Structur einzelner dieſer Inſtitute in dem Maße von der natürlichen Geſtalt, die ſie im Leben an ſich tragen, und in der mithin auch die natürliche Auffaſſung des Volks ſie ſich vorzuſtellen pflegt, daß man geradezu von einem Widerſpruch gegen dieſelbe reden kann. So bringt z. B. das ältere Recht den Kauf in Form zweier einſeitiger Stipulationen, gibt alſo das für die ökonomiſche Würdigung des Kaufs ganz entſcheidende Moment der Zweiſeitigkeit, an der die unbefangene Betrachtung ſich ſtets halten wird, der juriſtiſchen Form nach völlig auf — ein Gedanke durch und durch juriſtiſcher Art, der wenn auch nicht dem Kopf eines Juriſten von Fach, doch jedenfalls dem juriſtiſchen Denken ſeinen Urſprung verdankt. Vor allem aber tritt jener

Zug der Künstlichkeit und Absichtlichkeit im ältern Proceß hervor, den wir eben darum einer genauern Betrachtung würdigen müssen, ja jene vermeintliche Naivität und Natürlichkeit der Urperiode schlägt hier in dem Maße in ihr gerades Gegentheil um, daß unser heutiger Proceß ungleich weniger den Eindruck des Gemachten, Berechneten, Künstlichen macht, als der jener Kindheitszeit.

Fort also mit jenem Wahn, daß es eine Zeit gegeben — und verlege man sie auch noch so weit zurück —, wo das Recht, wie eine schöne Blume des Feldes wild aufgewachsen auf dem gesegneten Boden des nationalen Rechtsgefühls, der pflegenden Hand des Menschen nicht bedurft hätte! Die Reflexion und Absicht hätten dasselbe freilich nie *schaffen* können, so wenig wie dies der Gärtner bei der Blume kann, allein, was sie können und von jeher gethan haben, ist: es pflegen, begießen, beschneiden. Der Antheil, den die menschliche *That* an der Entwicklung des Rechts hat und nach der sittlichen Weltordnung einmal haben soll, beginnt bereits in der frühsten Periode, und die heutzutage so verbreitete Ansicht der historischen Schule, welche ihr beliebtes organisches Werden vorzugsweise in diese Periode verlegt, kann es nur darum, weil sie die *Hand* nicht mehr sieht, welche *gehandelt* — das Handeln von der Ferne gesehen erscheint als Werden! Die berechtigte Auflehnung gegen eine frühere Richtung, welche das „Machen" als einzige, wenn nicht ausschließliche Form der Rechtserzeugung betrachtete, und der Widerwille gegen den flachen Rationalismus der Aufklärungsperiode hat die historische Schule ihrerseits in das andere Extrem getrieben, das „Thun" ist in ihren Augen fast mit einem Makel behaftet, jedenfalls bildet das „Werden" d. h. die gewohnheitsrechtliche, unbewußte Bildung des Rechts ihr Ideal. Sie repräsentirt auf dem Gebiete *unserer* Wissenschaft ganz dieselbe Erscheinung, wie die romantische Schule auf dem der Literatur, allein wie letztere mit ihrer poetischen Auffassung vom Mittelalter bereits seit geraumer Zeit einer zwar prosaischeren, aber wahren Auffassung gewichen ist, so möchte es an der Zeit sein, der Poesie der „unmittelbaren Rechtserzeugung", des „organischen

Wachsthums" und wie ſonſt die beſtechenden Ausdrücke für eine und dieſelbe Sache heißen, die Proſa der Geſchichte entgegenzuhalten, und dies ſoll im Folgenden geſchehen.

Berechnung alſo und Abſicht ſind es, die von Anfang an bei der Geſtaltung des römiſchen Rechts eingewirkt haben — *die juriſtiſche Kunſt iſt ſo alt wie das römiſche Recht ſelber.* Aber zwiſchen ihrem erſten Auftreten und ihrer Blüthezeit liegt, wie eine lange Spanne Zeit, ſo auch ein großer Fortſchritt und zwar nicht etwa bloß ein Fortſchritt des *Grades*, ſondern auch der *Art*. Andere Zeiten andere Aufgaben, andere Aufgaben andere Mittel und Wege zur Löſung! Die Methode der ſpätern Jurisprudenz in die alte Zeit hinein verlegt würde hier eben ſo ſehr am unrechten Orte geweſen ſein, als die der letzteren in jene, denn jede von ihnen war berechnet auf das eigenthümliche Problem, das ſie zu löſen hatte. Das Problem der alten Zeit aber beſtand darin, die Fundamente des Baus zu legen. Strenge Ordnung, mathematiſche Genauigkeit waren die Eigenſchaften, die hier vor allen geboten waren; die Richtſchnur, das Winkelmaß und das Senkblei ſind die architektoniſchen Symbole dieſer Periode; gerade Linien, ſcharfe Winkel und Ecken die charakteriſtiſchen Merkmale ihres Bauſtyls. Aber eben darum, weil die älteſte Jurisprudenz die Beſchränktheit dieſer ihrer Aufgabe richtig erkannt hatte und nicht über ſie hinaus gegangen war, konnte die ſpätere Jurisprudenz, fortbauend auf dem feſten Fundamente, das jene gelegt, ſich den höhern Aufgaben widmen, welche ihr vorbehalten waren, konnte ſie der Ordnung und Regelmäßigkeit die Freiheit und Schönheit hinzufügen und ihre Linien, ſtatt ſie ängſtlich nach der Richtſchnur zu bemeſſen, ſich ohne Gefahr in den kühnſten Wendungen und Verſchlingungen bewegen laſſen.

Verſuchen wir es, mit wenig Zügen eine Skizze der alten juriſtiſchen Kunſt zu entwerfen; der ſpecielleren Darſtellung der folgenden Paragraphen bleibt es vorbehalten, dieſe Skizze weiter auszufüllen.

Von den verſchiedenen Seiten und Operationen der juriſtiſchen

Technik, die wir bei unserer allgemeinen Schilderung derselben (§. 38) aufgeführt haben, finden wir bei der altrömischen Jurisprudenz nur zwei in nachweisbarer, aber um so ausgeprägterer Gestalt vor: die juristische Analyse und die juristische Oekonomie. Daß gerade sie historisch zuerst auftreten, hat in ihnen selbst ihren tieferen Grund (§. 49 u. 55), die Gestalt aber, die sie an sich tragen, ist bestimmt theils durch die Zeit ihres Erscheinens, theils durch ein für die Entwicklung einer jeden Kunst geltendes Gesetz.

Wie alles, was uns aus dem alten Recht überliefert ist, in dem Grundzuge der Aeußerlichkeit den Stempel seiner Zeit an sich trägt (§. 43—48) so auch die Technik des alten Rechts. So vor allem ihre *Analyse*. Unsere heutige Jurisprudenz und auch die spätere römische scheidet auf innerlichem, begrifflichem Wege, aber das alte Recht scheidet *äußerlich*, d. h. es hält nicht, wie wir, die Begriffe, wo sie in einem einzelnen Fall zusammen auftreten, *innerlich* auseinander, sondern sie trägt dafür Sorge, daß sie im einzelnen Falle gar nicht zusammentreffen können, indem sie jedem von ihnen eine separate Form anweist. Dies geschieht zunächst durch die Theorie der Rechtsgeschäfte (§. 53): jedes Rechtsgeschäft ist nur für *einen* rechtlichen Zweck bestimmt. Es geschieht sodann durch die Organisation des processualischen Verfahrens (§. 50, 51): jeder Proceß behandelt nur einen einzigen Anspruch, und weder von Seiten des Klägers, noch des Beklagten darf etwas eingemischt werden, das sich nicht unmittelbar auf diesen Anspruch bezieht. Die Zersetzung des Rechtsverhältnisses, die in unserem heutigen Recht lediglich den Charakter einer an den Richter ergehenden Anforderung an sich trägt, deren Befolgung durch nichts als die juristische Bildung des Richters gesichert ist, ist im älteren Rechte geradezu garantirt durch einen eigenen äußern *analytischen Apparat* — der Richter *kann* sich der Anforderung gar nicht entziehen, denn der Proceß selber scheidet für ihn, indem die vorhandenen Klagformen nur analytisch einfache Ansprüche in sich aufzunehmen vermögen.

Dieser der alten Zeit angehörige Grundzug der Aeußerlichkeit

wiederholt ſich auch bei dem zweiten Zweige der alten Technik: der juriſtiſchen Oekonomie (§. 56—58); die Form, in der er hier zum Ausdruck gelangt, iſt das *Scheingeſchäft*.

Zu dieſem erſten Grundzuge der alten Technik geſellt ſich noch ein zweiter hinzu, der ebenfalls nicht in ihr ſelber, ſondern in einem für die Entwicklung einer jeden Kunſt geltenden Geſetz ſeinen Grund hat. *Der Weg zur Freiheit in der Kunſt geht durch die Unfreiheit.* Der unerläßliche Anfang der Kunſt ſowohl für die Individuen wie für die Völker iſt die ſtrenge, ſklaviſche Anwendung der Regel, nur *Der* wird Herr der Regel, der vorher ihr Sklave geweſen. Was dem Meiſter als lebendiges Geſetz ſeiner geſammten künſtleriſchen Anſchauung innerlich zu eigen geworden iſt, das ſteht dem Lehrling noch äußerlich gegenüber als mechaniſches Gebot, dem er ſich blindlings und ohne eigene Prüfung zu unterwerfen hat. Das Verhältniß innerer Unfreiheit prägt ſich in allen ſeinen Leiſtungen aus und drückt denſelben einen ganz beſtimmten Typus auf, der überall die Anfangsſtufen der Kunſt kennzeichnet, den der *Tyrannei der Regel*: Steifheit, Trockenheit, Pedanterie, aber zugleich auch den der ſtrengen Regelmäßigkeit und Ordnung.

Das Geſagte gilt auch für die juriſtiſche Kunſt. Auch ſie hat, um zur geiſtigen Freiheit zu gelangen, das Stadium der Unfreiheit zurücklegen müſſen, und ſie trägt, ſo lange ſie auch in demſelben verharrt, ganz jenen Typus der Anfangsſtufe der Kunſt an ſich, auf der einen Seite: muſterhafte Ordnung und Einfachheit, mathematiſche Regelmäßigkeit und Genauigkeit, unerbittliche Conſequenz; auf der andern die Kehrſeite dieſer Vorzüge: Starrheit, Umſtändlichkeit, Schwerfälligkeit, Pedanterie. Um einen gegebenen Punkt zu erreichen, geht die ältere Jurisprudenz, wenn irgend ein Stein im Wege liegt, ſicherlich nicht geradeaus, ſondern ſie läßt ſich den weiteſten Umweg nicht verdrießen, um das Ziel zu erreichen und ſelbſt das Ziel allein genügt ihr nicht, ſondern ſie ſucht zugleich in der Art, wie ſie es erreicht, ſich und den von ihr eingeſchlagenen Weg zu rechtfertigen — *ſie deducirt, indem ſie operirt.*

Es iſt nicht ſchwer, jene ganze Weiſe der alten Jurisprudenz zu perſifliren, und es iſt begreiflich, daß Cicero bei ſeiner Abneigung gegen die Jurisprudenz der Verſuchung nicht hat widerſtehen können. Aber verdienſtlicher iſt ſich dadurch in ſeinem Urtheil über die alte Jurisprudenz nicht beirren zu laſſen. Dem ſklaviſchen Cultus der Regel, der ſelbſt vor der Gefahr des Lächerlichen nicht zurückbebenden Conſequenz und Strenge der Methode verdankt das römiſche Recht jene Vorzüge, die durch alles, was die ſpätere Jurisprudenz geleiſtet, um nichts an ihrem Werth und Glanz verlieren: jene wunderbare Klarheit und Durchſichtigkeit ſeiner ganzen Architektonik, die Deutlichkeit und Schärfe der Grundlinien und Grundformen und die kryſtallartig-ſcharfe Abgränzung und faſt mathematiſche Gegenſätzlichkeit der einzelnen Begriffe. Das alte Recht iſt in einer Weiſe ſchulgerecht angelegt, daß man glauben möchte, es habe dem praktiſchen Leben überhaupt nicht angehört, es ſei vielmehr rein zu didaktiſchen Zwecken als ein Recht der Schule, eine Art von Mathematik des Rechts erfunden worden; eine Vorſtellung, an der wenigſtens ſo viel wahr iſt, daß nirgends die Schule dem Leben gegenüber eine ſolche Macht behauptet und ein ſolches ſchulmeiſterliches Regiment geführt hat, als im alten Rom (II, 388).

Unter den oben namhaft gemachten zwei Richtungen der juriſtiſchen Kunſt nimmt die analytiſche entſchieden die erſte Stelle ein; wir werden mit ihr beginnen.

I. Die Analytik des Rechts.

> Jurisconsulti . . . quod positum in una cognitione est, id in infinita dispertiuntur.
> Cicero de leg. II c. 19.

XLIX. Die mosaische Schöpfungsgeschichte läßt die Erschaffung der Welt ihren Anfang nehmen mit dem *Scheiden*: im Anfang schied Gott Himmel und Erde, Festes und Flüssiges, Licht und Finsterniß. In derselben Weise beginnt auch die *juristische* Schöpfungsgeschichte des römischen Rechts; ihre ersten Tage gehören ebenfalls dem Werk der Scheidung und Zersetzung. Und zwar war dies nicht Zufall, so daß die juristische Kunst etwa auch an einem andern Punkt den Spaten hätte ansetzen können, sondern, wenn irgendwo so *mußte* sie *hier* beginnen. Nicht etwa darum, weil jede Entwicklung, die physische wie die geistige, mit Scheidung beginnt, sondern weil die Jurisprudenz sich erst auf dem Wege der Zersetzung in Besitz der einfachen Bestandtheile des Rechts setzen mußte, mit denen sie später zu operiren hatte (§. 39) — es mußte das Alphabet gefunden sein, bevor man ans Lesen und Schreiben denken konnte!

Im richtigen Gefühl von der Unerläßlichkeit dieser Aufgabe wendet sich daher die alte Jurisprudenz mit ihrer ganzen Energie dieser einen Aufgabe zu. Je gedankenärmer sie im übrigen ist, um so höhern Werth gewinnt für sie der *eine* Gedanke, den sie klar erfaßt hat, und an dem sie zuerst zum Bewußtsein ihrer selbst und ihrer Kunst gelangt: der Gedanke der *Zersetzung*. Ihre ganze Thätigkeit geht im wesentlichen auf in der Verwerthung dieses *einen* Gedanken, ihre Kunst ist *Scheidekunst* — das bestimmt

die Bedeutung und den Werth dieſer erſten Periode und unterſcheidet dieſelbe von den Zeiten der entwickelten Rechtswiſſenſchaft. Was für letztere nur noch ein einzelner und nicht gerade hervorſtechender Zweig der Berufsarbeit iſt, bildet dort den einzigen. Dieſer Grund mag es rechtfertigen, daß ich die Darſtellung der analytiſchen Methode der römiſchen Jurisprudenz, nicht bloß der ältern, ſondern der römiſchen Jurisprudenz überhaupt an dieſe Stelle verwieſen habe. Denn hier, wo ſie ſich aus dem geſchichtlichen Boden zuerſt erhebt, wird ſie nicht bloß zuerſt in der Geſchichte ſichtbar, ſondern ſie treibt in dieſer Region ihre üppigſten Triebe und Zweige, und was die ſpätere Zeit in dieſer Richtung leiſtet, iſt mehr eine bloße Nachleſe, die wir, um nicht genöthigt zu ſein, ihretwegen allein im dritten Syſtem auf den Gegenſtand zurückzukommen, gleich hier mit berückſichtigen werden. Nur in Bezug auf einen Punkt werden wir Veranlaſſung haben, der analytiſchen Methode im dritten Syſtem noch einmal unſere Aufmerkſamkeit zuzuwenden; es iſt dies die Veränderung die in der ſpäteren Zeit in Bezug auf ihre äußere Form vor ſich geht.

Für unſer obiges Urtheil über den analytiſchen Charakter der alten Kunſt iſt es weder nöthig noch möglich, Aeußerungen römiſcher Juriſten in Bezug zu nehmen; das ältere Recht ſetzt uns vollkommen in Stand, uns ſelber unſer Urtheil zu bilden. Dagegen gewährt uns Cicero in dem als Motto über dieſem Paragraphen benutzten Ausſpruch einen beachtenswerthen Wink. Dieſer Ausſpruch, inſoweit er einen Tadel gegen die Jurisprudenz begründen ſollte, nur ein Beweis für die juriſtiſche Urtheilsloſigkeit ſeines Urhebers, enthält doch als faktiſche Wahrnehmung, als Zeugniß über den Eindruck, den die juriſtiſche Literatur auf Cicero machte, eines der intereſſanteſten Urtheile über die alte Jurisprudenz, das unſere heutige Rechtsgeſchichtsſchreibung ſich hätte um keinen Preis entgehen laſſen dürfen. „Was auf einem Begriff beruht, zerſpalten die Juriſten in unzählige Stücke.“ Der Vorwurf war zwar zunächſt gegen die Zeitgenoſſen Cicero's gerichtet, allein er glitt von ihnen um einige Jahrhunderte zurück auf ihre Vorgänger ab, denn

die bei weitem meisten Eintheilungen und Begriffsspaltungen, welche in den Schriften der ersteren vorkamen, stammten aus alter Zeit und gehörten nicht sowohl der Schule, als dem Recht an, sie waren wie z. B. die Klagen, weniger theoretische Ideen, als praktische Potenzen. Was aber Cicero hier als Gebrechen der juristischen Wissenschaft seiner Zeit erschien, war nichts als der analytisch-juristische Geist des römischen Rechts, und nur indem er die totale Verschiedenheit des Gesichtspunktes, von dem der Philosoph und von dem der Jurist sich bei seiner Begriffszersetzung leiten zu lassen hat, übersah, konnte er dahin gelangen, der alten Jurisprudenz zum Vorwurf anzurechnen, was das Lebensgesetz des Rechts ausmacht und ihr zur ewigen, unvergänglichen Ehre gereicht. Berechtigt wäre der Tadel nur dann gewesen, wenn die Jurisprudenz bei ihren Eintheilungen den praktischen Zweck außer Augen gelassen und sich von einer solchen formaldialektischen Scheidewuth hätte hinreißen lassen, wie sie nur in Zeiten wissenschaftlicher Impotenz als Zerrbild wahren Denkens aufzutreten pflegt. Das alte Recht, welches uns sonst ein so reiches Material für die Zeichnung der analytischen Methode an die Hand gibt, bietet für diesen letzten Vorwurf auch nicht die geringste Handhabe dar, im Gegentheil alle seine Begriffe, so fein gespalten sie auch sein mögen, finden in einem praktischen Motiv ihre Rechtfertigung, wie dies der Verlauf der Darstellung lehren wird. Zu Cicero's Zeit war übrigens bereits in der wissenschaftlichen Methode ein Umschwung eingetreten, welcher, indem er der Wissenschaft andere Ziele, Ideen und Wege eröffnete, der ausschließlichen oder auch nur vorherrschenden Richtung auf die Analyse ein Ende machte. Gerade die sonstige Gedankenarmuth und Beschränktheit des ältern Rechts hat, wie schon bemerkt, dem Flor der analytischen Kunst großen Vorschub geleistet, und wohl nie in der Geschichte hat letztere selbst sich zu einer solchen Höhe der Virtuosität erhoben und das Problem der Zersetzung des Rechts nicht bloß so meisterhaft gelöst, sondern auch so anschaulich gezeigt, als im alten römischen Recht. Namentlich diese letztere Thatsache:

das anschauliche Zeigen kann ich nicht genug hervorheben. Es lassen sich Aufgaben vollkommen richtig lösen, aber ohne daß ein Dritter in Stand gesetzt würde, den Weg zu erkennen, auf dem dies geschehen ist, und anderseits gibt es eine Art der Lösung, bei der jeder Schritt zum Ziele gewissermaßen vor den Augen der Zuschauer geschieht, Weg und Ziel, Resultat und Mittel, wie bei einem arithmetischen Exempel, ihm als ein Ganzes offen vorliegen. In der letztern Weise operirt die analytische Methode des älteren Rechts. Wie unter einem durchsichtigen Glase das Innere einer Maschine, so arbeitet sie unter unsern Augen, gleich als ob der Mechanismus eigens zum Schulunterricht verfertigt worden wäre; was anderwärts bloß auf dem Wege des inneren Denkens vor sich geht, geschieht hier in der Form einer sichtbaren äußerlichen Einrichtung — im alten Proceß sieht man das Rechtsverhältniß, so zu sagen, unter das Schneidewerk gerathen, wodurch es zersetzt werden soll. Eben wegen dieser Sichtbarkeit der Procedur will ich meine Darstellung mit dem Proceß beginnen. Dieselbe würde sonst eigentlich folgenden Gang zu nehmen haben. Sie müßte zuerst nachweisen, wie die Rechtsbegriffe geschieden sind, und dann erst, wie das praktische Leben im Rechtsgeschäft und Proceß mit ihnen operirt. Aus dem angegebenen Grunde schlage ich den entgegengesetzten Weg ein, bei dem ich

I. die concrete Analyse schildern will d. h. die analytische Behandlung des concreten Rechtsverhältnisses
   A. im Processe, und zwar
      1. analytischer Mechanismus des Processes im allgemeinen (§. 50);
      2. der Angriff, die Klage (§. 51);
      3. die Vertheidigung (§. 52);
   B. im Rechtsgeschäft (§. 53); sodann zweitens
II. die abstracte Analyse oder die Zersetzung in Anwendung auf die Begriffe, und zwar
      1. die analytische Structur der Rechte (§. 54) und
      2. die analytische Gestaltung des Thatbestandes (§. 55).

A. Der Proceß.

1. Analytiſcher Mechanismus deſſelben.

Relativ frühe Entwicklung des Proceſſes. — Antheil des analytiſchen Gedankens an der Organiſation des altrömiſchen Proceſſes. — Der Zerſetzungszwang des Actionenſyſtems. — Fixirung des Moments der Litis-Conteſtation. — Idee der proceſſualiſchen Cäſur.

> Illud enim video in hoc foro fieri . . . separantur actiones et de eo agimus, et de eo nobiscum agitur. Non confunditur formula, si qui apud me pecuniam deposuerit, idem mihi postea furtum fecerit et ego cum illo furti agam et ille mecum depositi . . . Lex legi non miscetur, utraque sua via it, depositum habet actionem propriam tam mehercule quam furtum.
>
> Seneca de benef. VI 5. 6.

L. Wozu bedarf der Civil-Proceß eines „Mechanismus"? Was hat die Geſetzgebung nöthig über das proceſſualiſche Verfahren Beſtimmungen zu erlaſſen? Dieſelben können offenbar nur den Zweck haben, die Auffindung der Wahrheit zu fördern, indem ſie den zweckmäßigſten Weg dafür feſtſetzen; warum aber die Partheien zwingen, dieſen Weg einzuſchlagen, da ihr eigenes Intereſſe ſie von ſelbſt dazu veranlaſſen wird? So ſcheint denn der Proceß d. i. der durch geſetzliche Vorſchriften geregelte Gang der Verhandlung und Entſcheidung von Rechtsſtreitigkeiten nur ein Ausfluß der polizeilichen Bevormundungstheorie zu ſein.

Es würde Jemand nicht viele Proceſſe zu führen brauchen, um ſich von der Irrigkeit dieſer Anſicht zu überzeugen. Rechtspflege und geſetzliche Ordnung des proceſſualiſchen Verfahrens iſt gleichbedeutend, denn Freiheit des Verfahrens heißt Freiheit richterlicher Willkühr und Partheilichkeit, Freiheit der Chikane und der Verſchleppung des Proceſſes. Freilich: wäre das Suchen nach Wahrheit auf Seiten der Partheien ein eben ſo unintereſſirtes, wie es auf Seiten des Richters ſein ſoll, das Recht brauchte beide dabei in keiner Weiſe zu beſchränken. Allein dem

Intereſſe an der Ermittelung der Wahrheit auf Seiten des Klägers ſteht auf Seiten des Beklagten das gerade entgegengeſetzte gegenüber, auf beiden Seiten reicht das Intereſſe an der Wahrheit nur ſo weit als das Intereſſe, und eben dieſer Umſtand allein ſchon würde eine Ordnung des Proceſſes nöthig machen, der ſonſtigen Rückſichten, die dabei noch ins Gewicht fallen, zu geſchweigen.

Die geſetzliche Regelung des proceſſualiſchen Verfahrens oder ſagen wir kurz: der Proceß iſt demnach eine Nothwendigkeit. Wie bei faſt allen Inſtitutionen die Vortheile, die ſie gewähren, durch gewiſſe Nachtheile erkauft werden müſſen, ſo auch beim Proceß, und gerade er läßt ſich jene recht theuer, ja bei fehlerhafter Organiſation ſogar unerträglich hoch bezahlen. Es iſt ein Leichtes, eine Beſchreibung vom Proceß zu entwerfen, welche ihn dem Unkundigen im abſchreckendſten Licht erſcheinen läßt, ohne daß man dabei nöthig hätte im Mindeſten zu übertreiben. Oder wäre es Uebertreibung, wenn wir ihn folgendermaßen definiren wollten? Der Proceß iſt eine Einrichtung, welche die Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung häuft und vermehrt, indem ſie zu den materiellen Fragen des Streitverhältniſſes noch die formellen des Verfahrens hinzufügt, — welche den Richter in der Ermittlung der Wahrheit beſchränkt und hemmt und ihn nicht ſelten zwingt, ein Urtheil zu fällen, das mit ſeiner Ueberzeugung im Widerſpruch ſteht — welche die Widerſtandskraft des Unrechts gegen das Recht erhöht und in ihren Formvorſchriften Netze und Fußangeln ausſtellt, in denen ſich oft die gerechteſte Sache fängt. Alles dies iſt in dem Maße begründet, daß es nicht einmal eine beſonders fehlerhafte Organiſation des Proceſſes vorausſetzt, ſondern in der Idee des Proceſſes ſelbſt gelegen iſt, aber eben dieſer Umſtand beweiſt mehr als alles andere, wie unſchätzbar die Vortheile des Proceſſes ſein müſſen, wenn man einen ſolchen Preis von jeher nicht zu hoch gefunden hat. Es würde nur einer eben ſo getreuen Zeichnung des entgegengeſetzten Zuſtandes bedürfen, den freilich die Phantaſie erſt ausmalen müßte, da die Geſchichte ſelber ihn nicht kennt, um den Aus-

ſchlag zu Gunſten des noch ſo mangelhaft geſtalteten Proceſſes zu bewerkſtelligen.

Im Anfang ihrer Geſchichte werden die Völker dieſe Erfahrung von der Nothwendigkeit des Proceſſes theuer haben bezahlen müſſen, aber dieſe Erfahrung gehört jedenfalls zu den frühſten, die ſie überhaupt gemacht haben, *denn der Proceß ſelbſt gehört zu den frühſt entwickelten Rechtsinſtitutionen.*[1]) Zu einer Zeit, da die materiellen Rechtsbegriffe erſt in ſehr ſchwachen Umriſſen für uns ſichtbar werden, begegnet uns der Proceß bereits in ausgebildeter und präciſirter Geſtalt und bildet einen der älteſten Gegenſtände der Geſetzgebung (II 633, 634). Wie ſehr ändert ſich dies ſpäter! Wie ſehr treten hier die proceſſualiſchen Geſetze gegenüber den materiellen in den Schatten, welche enorme Fortſchritte macht das materielle Recht, wie geringe das Proceßrecht!

Woher dies alles? Daß der Proceß im Anfang der Geſchichte ſich in dem Maße in den Vordergrund drängt, erklärt ſich ſehr einfach. Der Proceß iſt eine Einrichtung, die unbeſtritten der Reflexion und Berechnung ihren Urſprung verdankt, denn wer auch noch ſo ſehr der Anſicht huldigt, daß die Völker ihre Rechtsbegriffe mit auf die Welt gebracht haben, für den *Proceß* wird auch er nicht umhin können zuzugeben, daß ſie ihn *machen*, ihn erſt ſuchen und probiren mußten, bis ſie das Richtige fanden. Daher gehören Proceßreformen zu den älteſten, von denen die Rechtsgeſchichte zu berichten weiß, ſie bezeichnen uns eben jene Periode des Suchens; darum aber auch werden ſie ſpäterhin im Vergleich zu den Aenderungen des materiellen Rechts ſo ſelten, denn wenn

1) Außer dem römiſchen Recht verweiſe ich auf *Island* (K. *Maurer* Die Graagans, Bericht von Rive in Pözl, Krit. Vierteljahrsſchrift VII S. 66: „die älteſten Aufzeichnungen betreffen vornehmlich — — die Dingverfaſſung und weniger das Privatrecht. Erſt gegen das Ende des vorzugsweiſe der juriſtiſchen Literatur zugewandten Zeitraums, als die Jurisprudenz bereits gewandter, ſcharfſinniger und ſpitzfindiger geworden war, dürfte auch das bürgerliche Recht eingehendere Behandlung gefunden haben") und auf *England* (*Gundermann*, Engl. Privatrecht I S. 54: „Ueberwuchern des Proceſſes über das materielle Recht").

das Richtige im Proceß einmal gefunden ist, bedarf es des Suchens nicht mehr, und Aenderungen in der Volksanschauung, im Leben u. s. w. üben auf den Proceß, bei dem es sich nicht um sittliche Ideen, sondern lediglich um Zweckmäßigkeit handelt, einen ungleich geringeren Einfluß aus, als auf die Institute des materiellen Rechts. Ohne die Rückwirkung der politischen Veränderungen auf die Gerichtsverfassung hätte der Formularproceß in Rom sich muthmaßlich noch Jahrhunderte halten können.

Die Präponderanz des Processes in der Kindheitsperiode des Rechts äußert sich in doppelter Weise. Einmal in seiner eigenen relativ frühen und energischen Durchbildung. Dieselbe documentirt sich in formeller Beziehung an der reichen und detaillirten Ausbildung der processualischen Formen, in materieller Beziehung an der Strenge der zur Anwendung gelangenden Grundsätze. In beiderlei Hinsicht darf man behaupten, daß der Proceß in jener Periode sich ungleich mehr geltend, mehr fühlbar macht, als heutzutage. Jene Zeit scheint in ihrer rohen Kraft für die Reibung des Processes (worunter ich jene unvermeidlichen Uebelstände des Processes verstehe, die ich oben angedeutet habe) weniger empfindliche Nerven besessen zu haben, als wir — jedenfalls ist diese Reibung heutzutage eine geringere, die Proceßmaschine, wie alle Maschinen, eine vollkommnere geworden, als damals. Die Präponderanz des Processes bewährt sich aber zweitens auch am materiellen Rechte, insofern er nämlich allen denjenigen Parthieen desselben, die, wenn ich so sagen darf, nach der Proceß-Seite hin liegen, einen processualischen Zuschnitt verleiht.[1a]) Von einer solchen Einwirkung läßt sich heutzutage kaum sprechen, in jener Zeit hingegen ist sie eine höchst beträchtliche, und jene dem Proceß zugekehrten Institute oder Seiten des materiellen Rechts, beleuchtet und erhellt von demselben Licht, das zuerst über den Proceß sich ausbreitet, haben in ihrer Entwicklung einen entschiedenen Vorsprung gewonnen

---

1a) Was darunter zu verstehen, darüber s. II 632 und die folgenden beiden §§.

vor denjenigen, die, wenn ich im Bilde bleiben darf, nach der Schattenseite des Processes hin gelegen sind. [1b])

Es knüpft sich hieran eine eigenthümliche Erscheinung für das spätere Recht: der Proceß verändert sich, aber die durch ihn hervorgerufenen und auf ihn berechneten Sätze des materiellen Rechts erhalten sich noch eine Zeit lang durch die Macht der Tradition, so wie die Spitzen der Berge noch eine Zeit lang beleuchtet bleiben, nachdem die Sonne bereits untergegangen ist. Wer diesen eigenthümlichen Sachverhalt nicht kennt, kann durch diese Erscheinung leicht irre geführt werden und müht sich vergebens ab, die Lichtquelle zu entdecken. Statt aller andern Beispiele verweise ich auf die Erklärung des Satzes: impensae necessariae dotem ipso jure minuunt in §. 52.

Die Gestaltung des processualischen Verfahrens ist eine reine Frage der Zweckmäßigkeit oder der legislativen Politik. Daraus, daß der Zweck des Processes in einer Analyse des Rechtsverhältnisses besteht, das Ent-scheiden regelmäßig durch Scheiden geschieht, folgt noch keineswegs, daß der Gedanke der Analyse auf jene Gestaltung einen bestimmenden Einfluß ausüben, der Mechanismus des Processes selbst ein analytischer sein muß. Unser heutiger Proceß z. B. läßt in seiner Structur den analytischen Zweck gar nicht weiter hervortreten, letzterer vollzieht sich vielmehr, ohne durch eine äußere Einrichtung des Verfahrens unterstützt oder garantirt zu werden, lediglich durch die subjective Denkthätigkeit des Richters. Das verwickeltste Rechtsverhältniß kann sich ihm nahen, ein ganzer Knäuel von Ansprüchen diesseits und jenseits, ohne daß

1b) Der Nachweis des ursprünglichen Zusammenhanges des materiellen Rechts mit dem Proceß und der allmähligen Lockerung dieses Bandes würde zu den interessantesten rechtshistorischen Untersuchungen größeren Styls gehören, selbstverständlich dürfte sie nicht auf das römische Recht beschränkt werden, sondern müßte insbesondere auch das deutsche Recht in den Kreis der Betrachtung ziehen, das in dieser Beziehung, soweit ich darüber ein Urtheil habe, außerordentlich lehrreich ist. Ein solches Buch würde für die wahrhafte Erkenntniß des Rechts förderlicher sein als ganze Wagenladungen voll der gewöhnlichen civilistischen Abhandlungen.

der Proceß ſelber ihm die geringſte Beihülfe gewährt, dieſen Knäul durch Sonderung der einzelnen Fäden zu entwirren. Der Beſitz der Rechtskenntniß, deren der Staat ſich heutzutage in der Perſon ſeiner Richter verſichert, gewährt die Garantie oder ſoll ſie wenigſtens gewähren, daß er dazu im Stande iſt; iſt er es aber nicht, ſo zwingt der Proceß ihn nicht zum Scheiden, und nichts hindert ihn, das Verſchiedenartigſte durcheinander zu werfen und wilde Verwirrung zu ſtiften.

Kann denn der Proceß ihn zum Scheiden zwingen? — höre ich fragen; wenn es eine ſolche proceſſualiſche Scheide-Maſchine gäbe, die dem Richter das Zerſetzen abnähme oder auch nur erleichterte, würden wir uns dieſelbe entgehen laſſen? Vielleicht doch — — vielleicht iſt uns nur der Preis zu theuer!

Jene Maſchine nämlich iſt in der That von den Römern erfunden worden und Jahrhunderte lang in Gebrauch geweſen. Sie beruht auf dem oben in unſerm Motto von Seneca in Bezug auf die Gegenforderungen des Beklagten ausgeſprochenen Gedanken, daß in je einem Proceß nur über je einen Anſpruch verhandelt werden kann, daß alſo, wo ein Verhältniß mehrere Anſprüche in ſich ſchließt, daſſelbe in eben ſo viele ſeparate Klagen und Proceſſe aufgelöſt werden muß, als ſolcher Anſprüche vorhanden ſind, nicht aber, wie es in unſerm heutigen Recht möglich iſt, als ſolches in ſeiner Totalität in einem einzigen Proceß zum Gegenſtand richterlicher Unterſuchung gemacht werden kann — die römiſche Proceßmaſchinerie iſt nur auf einfache, nicht auf zuſammengeſetzte Körper eingerichtet. Das Scheiden erfolgte nicht, wie bei uns, in, ſondern außer und vor dem Proceß, nicht durch den Richter, ſondern durch den Kläger, das Zerſetzen geſchah durch Ausſetzen, das Scheiden durch Ausſcheiden. Die Nöthigung zu dieſer vorproceſſualiſchen Ausſcheidung lag im römiſchen Actionen-Syſtem. Keine Sache konnte anders vor den Richter gelangen, als in Geſtalt einer der vorhandenen Actionen. Letztere aber waren nicht etwa wie die Stipulation bloße Einkleidungsformen für jeden beliebigen concreten Inhalt, dem ſie ſich elaſtiſch angeſchmiegt

hätten, ſondern ſie waren ſtarre, unabänderliche Typen, verſchieden nach Art und Natur des Anſpruchs und nur paſſend für einen Inhalt, der ganz genau die Größe und das Maß hatte, das eiſerne Rüſtzeug für das proceſſualiſche Turnier, das nur dem bequem ſaß, der keinen Zoll zu viel noch zu wenig hatte. Eine Klage *ohne* dieſe Form war eine Unmöglichkeit — es gab keine Klage ſchlechthin, ſondern nur eine beſtimmte Zahl von *Actionen* (II 638); da aber jede Actio nur der proceſſualiſche Ausdruck für einen abſtract erfaßten *einfachen* Anſpruch war (§. 51), ſo folgte daraus mit Nothwendigkeit, daß jeder concrete Anſpruch, der in derſelben Platz gefunden, eben damit ſich als *einfachen* documentirt hatte.

Jede Klage war eine Frage an den Richter (judex im römiſchen Sinn), und zwar, wie oben bemerkt, eine *einzige*;[1c] ſo viele Fragen man alſo an ihn richten wollte, ſo vieler Proceſſe bedurfte es. Die Frage war geſtellt, nicht wie die des heutigen Beweisinterlokuts, auf einzelne Thatſachen, ſondern auf die *Exiſtenz des Anſpruchs*;[2] eine weitere Auflöſung der Frage nach Art der Fragſtellung an unſere heutigen Geſchwornen fand in Rom nicht Statt. Die Faſſung der Frage war urſprünglich die einer *Sugeſtivfrage* d. h. eine ſolche, daß der Richter ſie mit Ja und Nein beantworten konnte und mußte (intentio certa), die Urtheilsform war ihm ſchon in den Anträgen der beiden Partheien vorgezeichnet, ſo daß er nur zwiſchen den beiden von ihnen proponirten Urtheilsentwürfen zu wählen brauchte (sacramentum justum — injustum esse, rem actoris esse, non esse, dare oportere, dare non oportere u. ſ. w.). Darin liegt, daß auch der Geldbetrag des An-

---

1c) Daſſelbe verlangt Cicero hinſichtlich der dem Senat vorzulegenden Fragen, de legib. III, 4. 11: ne plus quam de singulis rebus simul consulunto.

2) Im Formularproceß: formula in jus concepta: rem actoris esse, jus esse eundi, — dare oportere u. ſ. w.; Gaj. IV 41, 45. (Die actiones in factum conceptae [ib. 46] ſind ſpätern Urſprungs, ſ. drittes Syſtem.) Auch im engliſchen Strafproceß iſt die Frage an die Geſchworenen in jus concipirt: Schuldig oder Nichtſchuldig.

ſpruchs, wo nämlich die Condemnation auf Geld und nicht auf die Sache ſelbſt ging, in der Klage genannt werden mußte; denſelben völlig unbeſtimmt zu laſſen (intentio incerta) und mit einem bloßen: quidquid N. N. ob eam rem Ao. Ao. dare facere oportet zu begehren, widerſtritt durchaus dem urſprünglichen proceſſualiſchen Frageſyſtem und wäre namentlich mit der Urtheilsform im Sacramentsproceß abſolut unverträglich geweſen.

Dem Bisherigen nach werden wir behaupten dürfen: die Anforderung einer Zerſetzung des Rechtsverhältniſſes, die bei uns lediglich als ein bloßes *Sollen* an den Richter ergeht, war im römiſchen Proceß eine in die *Anſtalt* verlegte proceſſualiſche *Nothwendigkeit*; die Römer haben es verſtanden, einen proceſſualiſchen Mechanismus mit *Zerſetzungszwang* zu erfinden. Dieſen Zwang üben die Actionen allerdings zwar zunächſt nur gegen den *Kläger* aus, allein der ganze Zweck der Einrichtung wäre vereitelt worden, wenn daſſelbe Geſetz, das für den Kläger galt: *ein Proceß, eine Frage*, nicht auch für den Beklagten gegolten hätte. Von welcher *Seite* ungehörige Fragen in den Proceß eingemiſcht wurden, war, wenn einmal dieſe Einmiſchung für bedenklich erkannt worden war, vollkommen gleichgültig, und dem Beklagten geſchah damit, daß er in ſeiner *Vertheidigung* lediglich auf die vom Kläger angeregte Frage beſchränkt und mit ſeinen ſelbſtändigen Gegenanſprüchen auf ein beſonderes Verfahren verwieſen ward, eben ſo wenig ein Unrecht, wie dem Kläger, wenn ihm ein Gleiches rückſichtlich derjenigen Klagen geſchah, die ihm zur Verfolgung ſeines Zweckes ſonſt noch zu Gebote ſtanden. So wie die richterliche Unterſuchung, ſo ward auch die Vertheidigung des Beklagten durch die Klage ſtreng fixirt, beide konnten nicht nach der Seite ausſchweifen, nicht zugleich einräumen und ein „Aber“ hinzufügen, ſondern beide hatten nur die Wahl zwiſchen einem kategoriſchen Ja oder Nein.

Die bisherige Schilderung der analytiſchen Structur des römiſchen Proceſſes hat nur in allgemeinen Umriſſen gezeichnet, was die folgenden beiden Paragraphen genauer ausführen und beweiſen

sollen. Der Grund, warum letzteres nicht schon an dieser Stelle geschieht, besteht darin, daß die Analytik des römischen Processes mit dem Bisherigen noch keineswegs erschöpft ist, des Totaleindrucks wegen aber eine zusammenhängende, durch keine ausführlichen Detailuntersuchungen unterbrochene Darstellung derselben wünschenswerth war. Erst am Schlusse unserer ganzen Untersuchung wird es am Platz sein, die Frage vom Werth der römischen Einrichtung und ihrer etwaigen Brauchbarkeit für unser heutiges Recht aufzuwerfen.

Der Gedanke der Fixirung der richterlichen Aufmerksamkeit auf einen einzigen Punkt, dem das System der römischen Klagen seinen Ursprung verdankt, erweist sich auch nach einer andern Richtung hin für den römischen Proceß höchst fruchtbar, nämlich in Bezug auf die Beachtung, die der Richter dem Verhalten des Streitgegenstandes während des Processes angedeihen zu lassen hat. Wenn der Streitgegenstand während des Processes sich verändert z. B. abnimmt, zunimmt, untergeht, wenn er im Preise steigt, sinkt oder dem Besitzer abhanden kommt, so wirft sich die Frage auf, wie soll die richterliche Beurtheilung sich dazu verhalten? Hat sie Akt davon zu nehmen, so kann dies, wie wenn bei einer sonstigen Untersuchung das Object während derselben sich bewegt, recht störend in den Gang des Processes eingreifen, die ganze bisherige Disposition des Processes verrücken, ganz neue Verhandlungen und gar ein Wiederaufnehmen bereits erledigter Punkte nöthig machen. Das neuere römische Recht hat sich nun durch diese Gefahr nicht abhalten lassen, der Stimme der Billigkeit, welche eine Berücksichtigung dieser Veränderungen fordert, Gehör zu geben, allein das ältere Recht hat auch hier, wie so oft, die Interessen der Ordnung höher gestellt, als die der Billigkeit, es erklärt alle jene Veränderungen für einflußlos und verweist den Richter einzig und allein auf den Moment, in dem der Proceß vor ihm beginnt, d. h. den der Litiscontestation, was die an ihn gerichtete Frage formell dadurch aus-

drückt, daß sie auf das Präsens: rem, jus actoris esse, dare facere oportere, also auf den Moment lautet, wo sie an ihn ergeht. So wie die Sachlage in diesem Moment beschaffen ist, soll sie die Grundlage des ganzen Verfahrens bilden; der Richter stellt sich im Moment des Urtheils nicht auf den gegenwärtigen Standpunkt, indem er den ganzen Verlauf des Processes rückwärts verfolgt und dem entsprechend auch die Veränderungen des Streitgegenstandes während desselben beachtet, sondern auf den der Litiscontestation, ohne von da aus den Blick weder vorwärts noch rückwärts zu wenden. Diese letztere Behandlungsweise enthält abermals einen Anwendungsfall der analytischen Methode, was auf den ersten Blick nicht so einleuchtend ist. Wie die Actio mit dem Rechtsverhältniß, so verfährt sie mit dem Thatbestande der Klage; beide scheiden aus einem Ganzen ein Stück aus: jene aus einem Gedanken-Ganzen, diese aus einem Zeit-Ganzen, jene den Thatbestand dieser bestimmten Klage, diese den flüchtigen Moment der Litiscontestation. Wie bei einem Lichtbilde wird dieser vorübergehende Moment aufgefangen und fixirt, und wie immerhin auch der Gegenstand selber sich ändere, der Richter hält sich lediglich an das in dem bestimmten Moment fixirte Bild. So setzt sich in dieser Ausscheidung der Ausscheidungsproceß, der mit der Klage beginnt, nur fort, denn von dem Thatbestande der Klage, den letztere aus dem Gesammtrechtsverhältniß der Partheien ausgesondert hat, sondert jene wiederum einen einzelnen Daseinsmoment aus — eine punktualisirende Behandlungsweise, die das ältere Recht, wie wir an anderer Stelle zeigen werden, auch bei dem Rechtsgeschäft streng festhält, während das neuere in beiden Anwendungsfällen den Zeitraum an die Stelle des Zeitpunktes setzt.

In ungleich höherem Grade als bei dem Streitgegenstande ist diese Fixirung beim Streit selbst erforderlich. Wir können uns auch hier zwei Möglichkeiten denken: die eine, welche den Streit bis zum Moment des Urtheils im Zustande der Flüssigkeit, des Fluctuirens verharren läßt, die andere, welche ihn schon vorher in feste Formen zwingt, ihn stückweise, so zu sagen, erstarren

läßt. Bei jener Behandlungsweiſe würde alles, was bis zum Urtheil geſchähe, noch rechtzeitig geſchehen — während des Proceſſes, könnte man ſagen, geſchehe nichts, ſondern es bereite ſich bloß ein künftiges Geſchehen vor, es häufe und ſammle ſich bloß das Material zum Urtheil; in welchen Moment des Proceſſes die einzelnen Behauptungen und Beweiſe fielen, wäre gleichgültig. Nachträge und Berichtigungen wären bis zum Schluß verſtattet, der Schluß ſelber aber würde nicht auf einem innern Abſchluß des Streites, ſondern auf reinem Belieben des Richters beruhen. Es genügt, ſich dieſe Behandlungsweiſe zu vergegenwärtigen, um ſie als eine unmögliche zu erkennen. Sie würde den „Streit" (lis) zu einem „Gezänke" (jurgium) herabwürdigen, der Welle gleich auf- und abwogend, ohne aus der Stelle zu kommen. Ein neues, vielleicht bloß aus Chikane bisher unterlaſſenes Vorbringen von Seiten der Parthei, die Erkenntniß des Richters, daß der Proceß bisher in einer verkehrten Richtung geführt worden ſei, würde ihn, nachdem er ſchon beim Ende angelangt ſchien, zu ſeinen Anfängen zurückwerfen.

Darum bedarf es einer beſtimmten Ordnung für den Proceß, einer Disciplinirung des Streites, welche, indem ſie einerſeits die Partheien beſchränkt, ihnen anderſeits gegen richterliche Willkür und Partheilichkeit und die Chikane der Gegenparthei, welche in der Regelloſigkeit des Verfahrens das ſicherſte Verſteck beſitzen, Schutz gewährt. Dieſe Disciplin des Streits beſteht darin, daß dem Proceß ein beſtimmter Gang vorgezeichnet und dem entſprechend allem, was zu geſchehen hat, eine beſtimmte Stelle und Zeit geſetzt wird, wovon die Ausſchließung verſäumter Handlungen nur die nothwendige Folge iſt. Hier kommt der Proceß, wie ſein Name (procedere) es bekundet, wirklich aus der Stelle und iſt gegen die Gefahr geſichert, einen bereits zurückgelegten Weg zum zweiten Mal machen zu müſſen, oder in einem ſpätern Stadium, wie man es ausgedrückt hat: zu ſeinen Anfängen zurückverſchlagen zu werden.

Welche Gemeinſchaft aber hat dieſe Behandlungsweiſe mit

der analytiſchen Methode? Sie entlehnt derſelben wenigſtens eine Idee, nämlich die der Zerlegung des Proceſſes in gewiſſe Stadien, von denen jedes ſeine eigenthümliche Bedeutung und Wirkung hat, und das Reſultat des vorausgehenden die Baſis des folgenden wird — die Methode der ſtückweiſen Erledigung der Aufgabe, man kann ſie als die Idee der proceſſualiſchen Cäſur bezeichnen.

Der römiſche Proceß hat von jeher drei Cäſuren gehabt, die erſte: das Stadium der Vorbereitungshandlungen und der Feſtſtellung des Streitpunktes, endend mit der Litisconteſtation (Verfahren in jure), die zweite: das Stadium der Verhandlung vor dem Richter (judex im römiſchen Sinn), endend mit dem Endurtheil (Verfahren in judicio), die dritte: das Stadium der Execution. Jedes dieſer drei Stadien erfaßt und behandelt den Anſpruch in einer andern Geſtalt, das erſte: in ſeiner urſprünglichen, außerproceſſualiſchen, das zweite: in der, die er durch die Litisconteſtation, das dritte: in der, die er durch das Urtheil gewonnen hat. Bei der Obligation bringen die römiſchen Juriſten den geſtaltenden Einfluß, den der Proceß auf ſie ausübt, unter den Geſichtspunkt der Conſumtion und Novation und drücken dies in dem Satz aus: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere. [3])

Wir wenden uns jetzt der Aufgabe zu, die wir oben ausgeſetzt haben, der genaueren Ausführung des analytiſchen Charakters der römiſchen Actionen.

---

3) Gaj. III, §. 180.

2. Die Actionen proceſſualiſche Reagentien.

Caſuiſtiſche Erläuterung. — Unzuläſſigkeit der Klagencumulation. — Das Geſetz der Scheidung der Klagen. — Auffindung deſſelben auf inductivem Wege. — Individualitätsmoment des Eigenthums, der Obligation und des Erbrechts — caſuiſtiſche Erprobung des Geſetzes.

> Majores nostri subtilissimo animo et divino quodam motu ad actiones et earum jura pervenerunt. Justinianus in l 12 Cod. de praes. longi temp. (7. 33).

LI. In der Theorie wie in der Praxis ſpielen die römiſchen Klagen zwar dem Namen nach eine große Rolle, allein wenn dieſe Namen ſich wieder beleben würden zu dem, was ſie einſt waren, ſie würden hier wie dort wahrſcheinlich mit Proteſt zurückgewieſen werden. Wer würde heutzutage auf die Idee kommen, ein ihm geſtohlenes Fuhrwerk vom dritten Beſitzer in der Weiſe zurückzufordern, wie es das römiſche Recht verlangt d. h. jedes Pferd und den Wagen und die einzelnen darauf befindlich geweſenen Sachen ſämmtlich mit beſondern Reivindicationen und gar, wenn der Beſitzer einen Beſtandtheil des Wagens mit dem ſeinigen verbunden gehabt hätte, erſt noch mit einer actio ad exhibendum? Wie viele Praktiker würden gegen eine ſolche Idee ſchon dadurch geſchützt ſein, daß ſie ſich derſelben gar nicht bewußt ſind! Iſt doch ſelbſt die Theorie bei ihrer Schilderung römiſcher Klagen oft recht unrömiſch in die Irre gegangen; eine Servitutenklage z. B., die zugleich auf Anerkennung der Servitut, Schadenserſatz und Caution für zukünftige Störungen gerichtet iſt, [4]) würde kein römiſcher Juriſt als ächt anerkennen, darin vielmehr nur einen Baſtard römiſcher und moderner Ideen erblicken. Soll ich derſelben des Contraſtes wegen einmal ächt römiſche entgegenſtellen? Es hat Jemand auf ſeinem Lande den Lauf des Regenwaſſers zum Nachtheil ſeines Nachbarn unbefugter Weiſe geändert; wie kommt letzterer zu ſeinem Recht? Der Juriſt Paulus gibt uns darauf Antwort: [5]) es bedarf

---

4) So z. B. Puchta §. 191 (act. confess.) §. 172 (act. negatoria).

5) L. 14 §. 2—4 de aq. pl. (39. 3).

vier Klagen! Der einen (act. aquae pluviae arcendae), um die getroffene Anlage rückgängig zu machen, einer zweiten (interd. quod vi aut clam), um Schadenserſatz für die bisher erlittenen Nachtheile zu erwirken, einer dritten (Klage aus der dem Beklagten aufzuerlegenden cautio damni infecti) für die zukünftigen Aenderungen nach dem Urtheil, und endlich wegen der im Lauf des Proceſſes etwa getroffenen Aenderung einer eigenen zweiten act. aq. pl. arc. [6])

Dieſes eine Beiſpiel wird mehr, als lange Ausführungen es vermöchten, dem Leſer eine Anſchauung von dem analytiſchen Charakter der römiſchen Klagen gegeben haben. Nicht um den Eindruck deſſelben zu verſtärken, ſondern weil ich derſelben für die Folge als Material bedürftig bin, will ich noch eine Reihe anderer Beiſpiele hinzufügen.

Es iſt dabei nicht außer Acht zu laſſen, daß die ſtreng analytiſche Structur mancher Klagen im neueren Recht nicht ſelten verwiſcht worden iſt, indem dieſelben auf Zwecke ausgedehnt worden ſind, welche im früheren Recht entweder überhaupt nicht verfolgbar waren oder nur in Form von beſondern Klagen. Daß die Klagen, welche gegen den Beſitzer als ſolchen gehen, auch gegen den angeſtellt werden können, welcher den Beſitz doloſer Weiſe aufgegeben hat, iſt bekanntlich ein Satz des neuern Rechts, aber auch wenn äußere Zeugniſſe uns dies nicht ausdrücklich meldeten, würden innere Gründe uns zu dieſer Annahme nöthigen, denn dieſes Umſchlagen einer reiperſecutoriſchen Klage in eine pönale [7]) enthält vom Standpunkt des ältern Rechts aus eine Unmöglichkeit. Letzteres hält die beiden Klagen in dem Maße ſtreng auseinander, daß es ſelbſt bei Delicten, wo aus demſelben Factum zwei Klagen entſpringen, z. B. beim Diebſtahl (act. furti und

6) Im Fall der Veräußerung des Grundſtücks von Seiten des Thäters ſogar noch einer fünften Klage, L. 3 §. 2 de alien. jud. (4. 7).

7) Dieſen Charakter einer Pönalklage nimmt nämlich die reiperſecutoriſche hier an, arg. L. 7 de alien. jud. (4. 7) cf. L. 4 §. ult. L. 5, 6 ibid. L. 42 L. 52 de R. V. (6. 1).

condictio furtiva) keine Vermiſchung derſelben vornimmt — die act. mixta iſt für das ältere Recht eine techniſche Mißgeburt, ein Verſtoß gegen die Elementarbegriffe ſeiner Technik.[7a]) Zwar die durch das Edict eingeführte actio vi bonorum raptorum vereinigt beide Functionen, allein daß dieſe Vereinigung ſich erſt in ſpäterer Zeit vollzogen hat, wird dem, der das Quellenmaterial[8]) einer Prüfung unterwerfen will, nicht verborgen bleiben. Der Schutz gegen doloſe Veräußerungen bei den gegen den Beſitzer als ſolchen gerichteten Klagen, der im neuern Recht ein Stück der Klage ſelbſt geworden iſt, und der dem älteſten Rechte gänzlich fehlte, iſt hiſtoriſch zuerſt durch den Prätor eingeführt worden in Form eines beſonderen unvollkommneren Rechsmittels (act. in factum „propter alienationem judicii mutandi causa factam).

In dieſem Fall iſt uns zufälligerweiſe die Kunde über die Umgeſtaltung der Klage erhalten; in wie vielen Fällen, wo letztere ſich auf dem innerlichen Wege einer freieren Interpretation vollzog,[9]) mag ſie uns verloren ſein! Es wird daher gerathen ſein, nicht jede Klage in der Form, wie ſie uns im neuern Recht erhal-

---

7a) Bethmann-Hollweg, Röm. Civilpr. I. S. 174 will in der act. arborum furtim caesarum der XII Tafeln eine act. mixta erblicken; allein daß ſie eine reine Pönalklage war, ergibt ſich meines Erachtens aus L. 6 pr. Arb. furt. (47. 7). Mittelſt der doppelten Taxe der Bäume erhielt der Eigenthümer kein Aequivalent für letztere ſelber, denn die ſtillſchweigende Vorausſetzung der Klage war, daß ſie auf ſeinem Grundſtück ſtehen oder liegen geblieben waren; entgegengeſetzten Falls hätte es dieſer Klage nicht bedurft, ſondern es hätte ein furtum vorgelegen, aus dem die act. furti aufs Duplum und die cond. furtiva zugeſtanden hätte.

8) Ich hebe von demſelben nur Gaj. IV 8, L. 1 vi bon. (47. 8) cf. L. 8 §. 26 ib. hervor.

9) So z. B. kann der Servitutberechtigte die Duldung nöthiger Reparaturen des Weges nach der Anſicht der klaſſiſchen Juriſten durch die act. confess. erzwingen, L. 4 §. 5 si serv. (8. 5), während das Edict dafür ein eigenes Interdict für nöthig gehalten hatte, bei dem der Beweisſatz nicht etwa leichter, ſondern ſtrenger, als bei jener Klage geweſen war (Beweis des Rechts und der Ausübung) L. 3 §. 11, 16 L. 4 de itin. (43. 19).

ten iſt, ohne weiteres dem ältern Recht zu überweiſen, vielmehr nach Maßgabe der folgenden Unterſuchung Kritik zu üben.

Dem obigen Beiſpiel der act. pluv. arc. ſchließt ſich am nächſten an eine Reihe von Fällen, in denen es ſich um Anerkennung eines geſtörten ſachenrechtlichen Verhältniſſes (Beſitz, Eigenthum, Servitut) handelt. Auch hier geht die Klage nicht auf Erſatz des durch die Störung angerichteten Schadens, [10]) ſondern lediglich auf Anerkennung, welche aber die thatſächliche Reſtitution der Sache zu ihrer nothwendigen Folge hat, ſo wie vom Moment der Litisconteſtation an auf die Früchte, unter welchem Ausdruck die ſpiritualiſirende Auffaſſung einer ſpätern Zeit auch das Intereſſe verſtand (II 419). Daß die reivindicatio auch auf die in

---

10) Interd. uti possidetis: arg. L. 3 de interd. (43. 1), L. 8 §. 4 de prec. (43. 26), L. 3 §. 11 uti poss. (43. 17). Daß für die „vergangene Zeit Schadenserſatz geleiſtet werden muß" verſteht ſich nach Savigny Recht des Beſitzes (§. 39) beim Interd. utrubi von ſelbſt, beim uti poss. (§. 38) beruft er ſich auf die letztere Stelle, welche lediglich von dem quanti interest possessionem retinere d. h. dem Intereſſe des gegenwärtigen Beſitzes ſpricht — ſo wenig iſt ſelbſt den Koryphäen unſerer Wiſſenſchaft das richtige Verſtändniß des römiſchen Klagenſyſtems aufgegangen! — Rückſichtlich der reivindicatio wird ſchwerlich Jemand, der eine Idee von der Bedeutung römiſcher Klagformeln hat, glauben, daß eine Klage mit der Intention: rem meam esse auf Schadenserſatz für die Vergangenheit hätte gerichtet werden können. Daß der Beklagte die Sache vor Beginn des Proceſſes verletzt hatte, kam für die reivind. gar nicht in Betracht, dieſerhalb mußte vielmehr die act. leg. Aquiliae angeſtellt werden; nur ſeine Handlungen während des Proceſſes fielen vermöge der Proceßobligation unter den Bereich der reivind. und zwar mit genauer Feſthaltung des für letztere zutreffenden Geſichtspunktes d. h. ohne den Pönalzuſatz der act. leg. Aq. (ſ. L. 27 §. 2 R. V. 6. 1). Für die act. conf. und negat. gilt ganz daſſelbe; keine einzige der Stellen, welche man für das Gegentheil anführt, entſcheidet den allein relevanten Punkt, mit welcher Klage der unzweifelhafte Anſpruch auf Schadenserſatz geltend gemacht werden ſoll, die Ausdrücke fructus und quod interest (z. B. servitute non prohiberi, L. 4 §. 2 si serv. 8. 5, nicht prohibitum esse) beziehen ſich auf die Zeit des Proceſſes (ſ. mein Schuldmoment im röm. Privatrecht. S. 26. Für jenen Zweck waren das interd. quod vi aut clam und die act. leg. Aquiliae L. 27 §. 7—11, §. 25, 26, 31, 33 ad leg. Aq. 9. 2) beziehungsweiſe die cautio damni infecti und operis novi nunciatio beſtimmt.

der Vergangenheit gezogenen Früchte gerichtet werden kann, halte ich für einen Satz des neuern Rechts. Einem bösgläubigen Beſitzer gegenüber, in deſſen Perſon die Aneignung der Früchte ein furtum nec manifestum in ſich ſchloß, [11]) wäre der Vindikant ein Thor geweſen, wenn er dieſelben zum einfachen Betrage mit der Hauptklage, anſtatt zum doppelten Betrage mit einer beſondern Diebſtahlsklage, beigetrieben hätte; daß er aber, auch wenn er es gewollt hätte, weder ihm, noch dem gutgläubigen Beſitzer gegenüber dazu berechtigt war, ſoll an anderer Stelle nachgewieſen werden. [12]) Der Reivindicatio haben wir ſchon oben die beiden charakteriſtiſchen Beiſpiele entlehnt, mit denen wir dieſen Paragraphen begannen. Bedingt und gewährt durch die äußere Selbſtändigkeit der zu vindicirenden Sache, ſetzte ſie einerſeits, wenn letztere mit einer fremden verbunden war, deren Trennung voraus, ohne daß ſie ſelbſt dieſelbe hätte erzwingen können, wozu es vielmehr einer eigenen act. ad exhibendum bedurfte, und anderſeits war ſie beim Vorhandenſein mehrerer ſelbſtändiger Objecte auf jedes beſonders zu richten [13]) d. h. es galt der Satz: ſo viel Gegenſtände, ſo viel Vindicationen.

Das Obligationenrecht möge uns außer dem obigen Beiſpiel der Zerlegung des durch ein Delict begründeten Anſpruchs in die reiperſecutoriſche und Pönal-Klage noch zwei andere liefern. Kein

---

11) Aus dem Geſichtspunkt des furtum erklärt ſich die bekannte Beſtimmung der XII Tafeln, daß der Beklagte im Fall ſeines Unterliegens (ohne Rückſicht auf bona oder mala fides) die doppelten Früchte zurückgeben muß. Festus: vindiciae. Anerkennung des obigen Geſichtspunktes im neuern Recht: L. 15 de usur. (22. 1).

12) Bei Gelegenheit der Unterſuchung über das Eigenthum an res nec mancipi. Vorläufig ſ. L. 3 Cod. de cond. ex lege (4. 9) . . de consumtis vero condictione conventus, L. 18 de exc. (44. 1).

13) L. 3 §. 1 de R. V. (6. 1). Armamenta navis singula erunt vindicanda (L. 56 ibid.), und (mit Andeutung des in dieſer Hinſicht obwaltenden Unterſchiedes zwiſchen perſönlichen Klagen und der reivind.) L. 2 §. 26 vi bonor. rapt. (47. 8) . . . singulae res. Ueber die Behandlung der Heerde ſ. u. Daß der Satz jedoch für den Formularproceß nicht in der Strenge galt, wie er für den Legisactionenproceß hat gelten müſſen, darüber ſ. Note 18a.

Richter würde heutzutage daran Anstoß nehmen, wenn die Klage des einen Gesellschafters gegen den andern nach Auflösung der Gesellschaft neben sonstigen Anträgen auch den auf Theilung der gemeinschaftlichen Gegenstände enthielte; an einen römischen Richter hätte eine solche Klage gar nicht gelangen können, es hätte zweier Klagen bedurft: der act. pro socio und communi dividundo.[14] Das Darlehn als Realcontract hat nach römischem Recht lediglich das Kapital zum Gegenstande, das Zinsversprechen bildet einen besonderen Vertrag für sich (Stipulation); daraus folgt, daß es für beide, insofern sie nicht durch eine gemeinsame Stipulation in *eine* Obligation verwandelt wurden, ebenfalls zweier Klagen bedurfte.

Ueber die praktische Bedeutung der im Bisherigen durch Beispiele sattsam erläuterten Spaltung der Klagen werde ich kurz hinweggehen dürfen. Der Leser weiß bereits: jede solche Klage bedeutete einen *besonderen Proceß*, nicht also, wie bei uns, bloß ein materielles Klagerecht. Die Unterscheidung der vorhandenen Klagen im einzelnen Fall hat auch für uns ein hohes Interesse, aber regelmäßig nur das der richtigen materiellen Classification und Beurtheilung des Anspruchs, nicht aber ein processualisches, denn unser heutiger Proceß verstattet die Cumulation mehrerer Klagen in *einem* Proceß. Während er sie nun selbst da zuläßt, wo die mehreren Klagen in gar keinem innern oder äußeren Nexus stehen, z. B. wo sie sich auf völlig verschiedene Gründe stützen und völlig verschiedene Zwecke verfolgen, schließt der römische Proceß die Cumulation selbst da aus, wo zwischen den mehreren Klagen die engste Verwandtschaft besteht. Er behandelt die Klagen nicht wie wir bloß als materiell rechtliche Begriffe, als Klagrechte, sondern als *processualische Individuen*, die auch da, wo sie mit andern zusammentreffen, ihre Individualität behaupten und bethätigen.

Mit dieser Behauptung steht die herrschende Lehre in Wider-

---

14) L. 43 pro socio (17. 2). Aehnlich im Erbrecht das Verhältniß der hered. pet. partiaria und act. fam. ercisc. L 1 §. 2 L. 7 si pars her. (5. 4).

ſpruch, welche eine Klagencumulation ſchon nach römiſchem Recht für zuläſſig erklärt. Die Stellen, auf die ſie ſich beruft, ſprechen zum Theil von der gleichzeitigen Anſtellung mehrerer Klagen und der Ueberweiſung derſelben an einen und denſelben Richter, allein ſo wenig wie heutzutage die gleichzeitige Erhebung mehrerer Klagen vor einem und demſelben Richter, wenn ſie durch eben ſo viel verſchiedene Akte erfolgt, als Klagen vorhanden ſind, unter den Geſichtspunkt der Cumulation fällt, eben ſo wenig im römiſchen Proceß. Die verſchiedenen Klagen ſchmolzen hier wegen der bloßen Identität des Richters und der Partheien nicht zu einem Proceß zuſammen, [15]) ſondern jede blieb für ſich, hatte ihre beſondere formula [16]) und war mithin durch einen beſondern [17]) Urtheilsſpruch zu erledigen. Gegen eine derartige gleichzeitige Behandlung mehrerer Klagen vor demſelben Richter hatte das römiſche Recht ſo wenig etwas zu erinnern, daß es dieſelbe in ſpäterer Zeit ſogar auf indirectem Wege zu erzwingen ſuchte. [18]) Um eine wirkliche Klagencumulation zuzulaſſen, d. h. die mehreren Klagen in eine Formel zu bringen, hätten die Römer ihr ganzes Klagenſyſtem und die Theorie der Formeln aufgeben müſſen. In dem Legisactionen-

15) Wenn Plank Mehrheit der Rechtsſtreitigkeiten S. 67 ſich im entgegengeſetzten Sinn ausdrückt, ſo iſt das nur eine Verſchiedenheit des Ausdrucks, denn er ſelbſt erkennt S. 69 an, „daß die Verbindung an der juriſtiſchen Beurtheilung jedes einzelnen Rechtsſtreites nichts ändere, vielmehr nur factiſch gewiſſe Vortheile gewähre."

16) Quintilian. Inst. orat. III, 10. privata quoque judicia saepe unum judicem habere multis et diversis formulis solent. Wie hätte auch wohl die gemeinſame Formel für den Fall der L. 1 §. 4 quod leg. (43. 3), auf die man ſich u. a. beruft, die Verbindung der her. pet. und des interd. quod legatorum, lauten ſollen!

17) Wenn Plank a. a. O. S. 90 den Richter in „einem Urtheile über ſämmtliche Anſprüche entſcheiden" läßt, ſo iſt dies für den Formularproceß nicht richtig, denn ſo viele formulae, ſo viele Urtheile; durch die bloße zeitliche Aneinanderreihung der mehreren Urtheile ſchmolzen ſie nicht zu einem zuſammen.

18) Das „ſpäter" folgt aus der Form, in der es geſchah: der exceptio rei residuae. Gaj. IV, 122. — Quellenmäßige Beiſpiele einer ſolchen Vereinigung mehrerer Streitigkeiten unter einem Richter bei Plank S. 67 Note 3.

proceß, wenigſtens für die urſprünglich alleinige Form des proceſſualiſchen Verfahrens, die durch sacramentum, ſtellten ſich der Klagencumulation noch ganz ſpecielle Gründe entgegen. Zunächſt nämlich das öffentliche Intereſſe. Jede Streitſache brachte dem betreffenden Fonds (I Note 214, 216) ein sacramentum ein, Klagencumulation hätte hier alſo ſo viel geheißen, als denſelben in ſeiner Einnahme verkürzen, mehrere Proceſſe um den Preis eines sacramentum führen. Sodann die Proceßform. Der Streit wurde formell um das sacramentum geführt, und der Richterſpruch lautete auf sacramentum justum und injustum esse (I 173). Wie hätte nun wohl das Urtheil lauten ſollen, wenn bei der Verbindung mehrerer Proceßſachen zu einem Proceß der Richter in der einen dem Kläger, in der andern dem Beklagten den Sieg hätte zuerkennen wollen? Hier konnte weder das sacramentum der einen, noch das der andern Parthei für ganz verwirkt oder für ganz rückzahlbar erklärt werden, es hätte alſo nichts erübrigt, als das sacramentum zu theilen! — eine Idee, zu der ſich ſchwerlich Jemand bekennen wird. [18a])

Wenn ich ſo eben die Möglichkeit der Klagencumulation auch für das neuere römiſche Recht in Abrede geſtellt habe, ſo darf ich doch nicht verſchweigen, daß unſere Quellen drei unläugbare Fälle des Gegentheils enthalten; [18b]) ſie erlauben nämlich,

---

18a) Es gilt hier daſſelbe, was Cic. pro domo 20 §. 53 von der lex Caecilia Didia über die Cumulation verſchiedener Geſetzesvorſchläge ſagt: ne populo necesse sit in conjunctis rebus compluribus aut id, quod noluit accipere aut id, quod velit, repudiare. S. auch L. 17 pr. de app. (49. 1) Cum in una causa separatim duplex sententia divisa datur, veluti una sortis, alia usurarum, duplex appellatio necessaria est, ne alteram agnovisse, de altera provocasse intelligatur. Daſſelbe Bedenken erhebt ſich bei den ſ. g. complexen Fragen im Schwurgerichtsverfahren, Glaſer, Die Fragſtellung im Schwurgerichtsverfahren, Wien 1863. S. 63, 64.

18b) Als vierten muß ich jetzt noch den von Göppert, Ueber einheitliche, zuſammengeſetzte und Geſammtſachen, Halle 1871, S. 101 nachgewieſenen Fall der Vindication mehrerer Gegenſtände hinzufügen, ſ. die von ihm angeführten L. 7, 21 §. 2 de exc. rei jud. (44. 2) L. 6 de R. V. (6. 1), L. 1 §. 1

eine einzige act. familiae erciscundae in Anwendung auf mehrere denſelben Partheien gemeinſchaftliche Erbſchaften, eine einzige act. pro socio für mehrere unter ihnen beſtehende Societäten und eine act. emti für einen vom Erblaſſer und einen vom Erben mit derſelben Perſon über dieſelbe Sache abgeſchloſſenen Kaufcontract.[19]) Der Umſtand, daß alle dieſe Fälle Obligationsverhältniſſe derſelben Art zum Gegenſtand haben, während ſich für die Cumulation verſchiedener Klagen, z. B. einer act. venditi und locati kein Beiſpiel beibringen läßt, iſt ſicherlich kein rein zufälliger; er erklärt jedenfalls die formelle Möglichkeit einer ſolchen Cumulation, indem es dazu in dieſen Fällen keiner Aenderung der gewöhnlichen formula der act. pro socio u. ſ. w., keiner beſonders conſtruirten Doppel-Formel bedurfte, und dieſe Leichtigkeit einer Abweichung von der ältern Regel mag für eine Zeit, der, wie im dritten Syſtem zu zeigen iſt, der Sinn für die ſcharfen Formen und die Plaſtik des alten Proceſſes mehr und mehr abhanden kam, den Ausſchlag gegeben haben, während in allen andern Fällen die formelle Schwierigkeit ein unüberſteigliches Hinderniß entgegen ſetzte. So hat die bereits vielfach von uns erprobte conſervirende Macht der Form (II 500) ſich auch hier wieder ein Mal beſtätigt. Ohne das Formelweſen wäre unſere heutige Klagencumulation ſtatt bei uns wahrſcheinlich ſchon in Rom zur Welt gekommen!

Wir wenden uns jetzt der ebenſo ſchwierigen, wie wichtigen

---

de instr. (33. 7) L. 6 §. 1 de pec. leg. (33. 8); über die Gründe dieſer Behandlungsweiſe ſ. daſelbſt S. 104.

19) L. 25 §. 3, 4 fam. erc. (10. 2) — L. 52 §. 14 pro soc. (17. 2); auch wenn man dieſe Stelle nicht von mehreren über verſchiedene Objecte abgeſchloſſenen Societäten, ſondern von einer und derſelben, bei einem Todesfall erneuerten Societät verſtehen will, bleibt die Schwierigkeit gleich groß, denn die Erneuerung der Societät enthält jedes Mal einen neuen Abſchluß. — L. 10 de act. emti (19. 1). In L. 1 de quib. reb. (11. 2) erblicke ich keinen hierher gehörigen Fall, denn unter den „eosdem" ſind andere Perſonen zu verſtehen, als die „plures".

Frage zu: durch welchen Geſichtspunkt hat das römiſche Recht ſich bei der Scheidung und Abgränzung der Klagen leiten laſſen? Ich meine nicht den Zweck, den es damit verfolgte, der iſt uns bereits bekannt (S. 20), ſondern die Rückſicht, durch die es beſtimmt wurde, das Gebiet der einzelnen Klage gerade ſo weit und nicht weiter abzugränzen. — Aber hat es überhaupt eine beſtimmte Rückſicht, ein Geſetz dabei verfolgt? Wäre es nicht der Fall, ſo würden wir bloß von einer analytiſchen Tendenz des ältern Rechts ſprechen dürfen, bei der wir über das Einzelne keine Rechenſchaft zu geben brauchten, daſſelbe vielmehr als Werk individueller Beliebung dahingeſtellt ſein laſſen dürften, während wir im umgekehrten Fall die Verpflichtung übernehmen, über das Einzelne Rede und Antwort zu ſtehen.

Wir brauchen vor dieſer Verpflichtung nicht zurück zu ſchrecken; ein ſolches Geſetz exiſtirt und läßt ſich bis in das Einzelnſte hinein verfolgen. Wir ſind in der Lage, die Erwägungen, die vor Jahrtauſenden die erſten und älteſten Bildner des römiſchen Rechts bei Abgränzung der Klagen geleitet haben, den Einſchnitt im einzelnen Fall gerade da zu machen, wo ſie es gethan, noch heute nachzuweiſen, den Bildungsproceß des römiſchen Klagenſyſtems vor unſerm Auge zu reproduciren.

Nicht ein vages Gefühl von dem Werth der analytiſchen Methode war es, das ſie dabei trieb; ſie wußten genau das Warum und Bis-wie-weit, und den praktiſchen Zweck des Scheidens feſt im Auge haltend, waren ſie geſichert gegen die Gefahr einer Ausartung ihrer Thätigkeit in unfruchtbare Begriffsſpalterei, gegen jenen Abweg, auf dem das Scheiden Selbſtzweck und Krankheit wird.

Von dieſer Verirrung, welche zu Zeiten wiſſenſchaftlicher Oede und Dürre das ſchöpferiſche Denken erſetzt und carikirt, gilt was Quintilian [20]) treffend ſagt: ſie ſpaltet ſelbſt das, was ſeiner Natur nach einfach iſt, und indem ſie nicht ſowohl ſcheidet, als zerſtückelt,

20) Quintil. Inst. orat. IV, 5 §. 25 . . . quae natura singularia sunt, secant, nec tam plura faciunt quam minora; deinde quum fecerunt mille particulas, in eandem incidunt obscuritatem, contra quam partitio inventa est.

bewirkt sie durch ihre Unterscheidungen gerade das, was sie abwehren will: Dunkelheit. Es bedarf nur eines Blickes auf das ältere Recht, um sich zu überzeugen, daß dasselbe sich von dieser Verirrung völlig frei gehalten hat. Wäre es ihm darum zu thun gewesen, möglichst kleine Klagen zu schaffen, es hätte, wie bei der Vindication mehrerer Gegenstände (Note 13), so auch bei dem Kauf derselben eben so viele Klagen geben können, als Objecte vorhanden sind; oder da es für die Stipulation den Satz aufstellt: tot stipulationes, quot res, d. h. wenn eine Stipulation mehrere Gegenstände umfaßt, so ist es so gut, als ob über jeden derselben eine besondere Stipulation abgeschlossen wäre, so hätte es diesem Satze, dessen hauptsächliche, wenn nicht ausschließliche praktische Bedeutung in der Klagenconsumtion und der exc. rei judicatae liegt, auch die Tragweite einräumen können, daß über jeden der mehreren Gegenstände besonders hätte geklagt werden müssen; kurz, soweit für den Kläger die Möglichkeit einer Theilung der Klage reichte, hätte es dieselbe zur Nothwendigkeit erheben müssen. Eine solche Zersetzung des Klagstoffs hätte in der That den Vorwurf Quintilians, den einer völlig widersinnigen Zerstücklung verdient; weit entfernt, einem praktischen Interesse zu dienen, hätte sie demselben vielmehr in eclatantester Weise widerstrebt.[21])

Verfolgen wir diesen Weg weiter, so führt er uns von selbst zum Ziel. Warum wäre es sinnlos gewesen, die zehn Gegenstände der Stipulation durch zehn besondere Klagen verfolgen zu lassen? Weil der Richter in den zehn Processen immer eine und dieselbe Frage hätte behandeln, immer auf einen und denselben Klaggrund, mit dem sämmtliche Klagen stehen und fallen, hätte zurückkommen müssen. Keine derselben weicht von der andern auch nur im mindesten ab; was sie haben, haben sie sämmtlich gemein, und ob der Richter bloß eine von ihnen oder alle zehn auf ein Mal entscheidet, die Mühe ist ganz dieselbe. Vom Standpunkte des Richters aus

21) L. 29 pr. de V. O. (45. 1) . . nam per singulos — denarios singulas esse stipulationes — absurdum est.

— und der ſoll ja für die Frage von der Scheidung der maßgebende ſein — bedarf es hier nur einer Unterſuchung, das heißt aber ſo viel als: es liegt hier nur eine Klage, ein Anſpruch vor.

Ganz anders bei der Vindication einer Mehrheit von Gegenſtänden. Die Unterſuchung muß hier auf jeden einzelnen Gegenſtand allein gerichtet werden,[22] denn aus dem Eigenthum an dem einen folgt nicht das an dem andern — es liegen ſo viel ſelbſtändige Fragen als Gegenſtände vor, und um dem Richter Gelegenheit zu geben, über jede einzelne beſonders zu antworten, bedarf es der Form der ſeparaten Klage; ohne dieſe Form hätte er dies nicht gekonnt, vielmehr über ſämmtliche gleichlautend entweder mit Ja oder Nein antworten müſſen.

---

22) S. jedoch Note 18b. Bei einer Heerde, die als ſolche bereits exiſtirt d. h., wenn ich ſo ſagen darf, eine landwirthſchaftliche, ſich ſtets ſelbſt erhaltende Größe und Einheit gebildet hat (alſo nicht z. B. bei hundert Schaafen, die ein Metzger auf dem Markt zuſammen gekauft hat), ließ das römiſche Recht ſchon im Legisactionenproceß (Gaj. IV, 17) eine Vindication zu. Es heißt nur einen andern Ausdruck gebrauchen, wenn man ſagt: die Heerde bilde einen Gegenſtand (universitas); erklärt iſt damit gar nichts, namentlich nicht, warum dieſelbe Behandlungsweiſe nicht auch bei andern Sachen-Complexen z. B. einer Bibliothek eintritt. Die Erklärung liegt m. E. in dem eigenthümlichen Verhältniß der Ergänzung der Heerde aus ſich ſelbſt, welches nach Grundſätzen über den Fruchterwerb dem Eigenthümer und gutgläubigen Beſitzer das Eigenthum gewährt und präſumtiv alle Stücke der Heerde ergreift, für die nicht das Gegentheil nachgewieſen wird. Die Vindication der Heerde ſtimmt alſo mit dem Grundſatz: eine Frage, eine Klage, denn der Richter hat bei ihr trotz der Mehrheit der Gegenſtände doch bloß eine und dieſelbe Frage zu entſcheiden. Dies ſchließt nicht aus, daß hinzugekommene fremde Schaafe hinterher von ihrem Eigenthümer vindicirt werden könnten, L. 30 §. 2 de usuc. (41. 3) L. 1 §. 3 de R. V. (6. 1); es tritt daſſelbe Verhältniß ein, wie rückſichtlich der Vindication einer zuſammengeſetzten Sache, z. B. eines Hauſes, welches als Ganzes vindicirt werden kann, obſchon einzelne Beſtandtheile anderen Perſonen gehören. Ein anderes Beiſpiel außer der Heerde bietet der Bienenſchwarm L. 5 §. 2, 4 de A. R. D. (41. 1). Auf die Anſichten Anderer über dieſes viel behandelte Thema kann ich hier ſelbſtverſtändlich nicht eingehen; die neueſte Stimme, welche ſich hat vernehmen laſſen, iſt die von Göppert (Note 18b). Ueber die her. pet. ſ. u., über das Vindicationslegat ſ. L. 2, 6 de leg. II (31), L. 79 pr. de leg. III (32).

Bei der Obligation bestimmt sich demnach die Einheit oder Mehrheit des Verhältnisses nach dem Entstehungsgrunde, bei dem Eigenthum nach dem Gegenstande; dort gilt der Satz: so viel obligatorische Thatsachen, so viel persönliche Klagen,[23]) hier: so viel Gegenstände, so viel Vindicationen. Der Umfang, in dem der Eigenthumsbegriff sich im einzelnen Fall bethätigt und erschöpft, ist durch die Natur, d. i. durch die Sache selbst, vorgezeichnet; Recht und Gegenstand fallen, wie auch der Sprachgebrauch, welcher die Sache statt des Rechts nennt, andeutet, in dem Maße zusammen, daß jenes hinter diesem weder zurückbleiben, noch über denselben hinausgehen kann, d. h. an einer Sache sind nicht zwei Eigenthumsverhältnisse möglich (Einheit der Sache, Einheit des Rechts — Lehre von der Accession) und an zwei Sachen nicht ein Eigenthum (Mehrheit der Sache, Mehrheit des Eigenthums). Bei der Obligation hingegen bestimmt lediglich der subjective Wille den Umfang des einzelnen Rechtsverhältnisses. Ob die Stipulation auf **100** oder **1000** lauten, der Kaufcontract einen oder zehn Gegenstände umfassen soll, hängt vom Belieben der Partheien ab; die Obligation ist so zu sagen ein leerer Beutel von unbegränzter Elasticität, in den sie beliebig viel oder wenig hineinpacken, den sie zuschnüren können, wann und wo sie wollen. Ob sie nun, um im Bilde zu bleiben, für mehrere Gegenstände einen oder mehrere Beutel nehmen wollen, ist ihre Sache, aber jedes Zuschnüren (contrahere) bedeutet einen Beutel, jeder Beutel eine Obligation, folglich eine Klage. Denn während die Entscheidung der allein relevanten Frage, ob der Beutel richtig geschnürt und

---

23) Die Gleichartigkeit des Zwecks kann dieselben in der Ausübung beschränken (Concurrenz der Klagen), allein zur Entstehung kommen sie alle. — Eine von der obigen Ansicht abweichende, von ihrem Urheber selber nur als „wahrscheinliche Hypothese" bezeichnete Auffassung, der zufolge die Obligation nicht durch ihren Entstehungsgrund, sondern durch ihr Object individualisirt sein soll, findet sich bei Salpius, Novation und Delegation nach R. R. 1864 S. 184.

gebunden ist, über ihn und seinen ganzen Inhalt entscheidet, die Frage also für sämmtliche darin enthaltene Gegenstände eine und dieselbe ist, muß sie für jede andere zwischen diesen Partheien abgeschlossene Obligation jedes Mal von neuem aufgeworfen werden, denn daraus, daß das eine Mal gültig contrahirt ist, folgt dasselbe nicht auch für ein anderes Mal, und diese mehreren Fragen in demselben Proceß zusammenwerfen hätte für den römischen Proceß geheißen: dem Richter die selbständige Beantwortung jeder einzelnen unmöglich machen, ihn zwingen, sie entweder sämmtlich zu bejahen oder sämmtlich zu verneinen.

Der eben ausgesprochene ziemlich einfache Grundsatz kann in der Anwendung zu Schwierigkeiten führen, denn das Verhältniß gestaltet sich nicht immer so einfach, wie hier angenommen, vielmehr nimmt es nicht selten den täuschenden Schein an, als ob bloß ein einziger Obligationsgrund vorliege, während das Recht doch mehrere Obligationen, und umgekehrt als ob mehrere Obligationsgründe vorliegen, während doch das Recht nur eine Obligation annimmt. Ersteres tritt ein, wenn z. B. Jemand mit dem Abschluß eines Pachtcontracts zugleich einen Kaufcontract verbindet. In Wirklichkeit sind hier zwei selbständige obligatorische Thatsachen vorhanden, welche nur der Kürze wegen — eine Kürze, die im ältern Recht entschieden unstatthaft war (§. 53) — in einen äußern Akt zusammengezogen werden. Ein anderes Beispiel bietet das obige (S. 28) der reipersecutorischen und Pönal-Klage. Beide werden durch einen und denselben äußern Akt: das Delict, ins Leben gerufen, allein der obligatorische Grund beider ist verschieden, bei der einen, der Pönal-Klage, besteht er in dem Delict, bei der andern hingegen in der durch das Delict bewirkten Vermögensveränderung, zu der sich das Delict selbst bloß als äußere Veranlassung verhält, und welche, wie sie ohne Delict vorkommen, so auch umgekehrt bei letzterem fehlen kann. Trotz dieser Verschiedenheit des Gesichtspunktes, der ihnen beiden zu Grunde liegt, wäre ein Grund zur Aufstellung zweier Klagen, wenn beide nur im übrigen ganz denselben Weg gehen würden, hier eben so wenig

vorhanden gewesen, wie z. B. bei der act. pro socio, mandati, tutelae rücksichtlich der verschiedensten Posten, welche sie umfassen können (Herausgabe der erhobenen Gelder, Schadensersatz für culpa u. a.), und von denen im einzelnen Fall der eine Posten ohne den andern vorkommen kann. Allein diese letzteren Posten gehen, *wenn* sie vorhanden sind, stets dieselben Wege, erleiden dieselben Schicksale, jene beiden Ansprüche dagegen sind *nicht* aneinander gekettet, der eine erlischt mit dem Tode des Schuldigen, der andere wird auf seine Erben transmittirt, der eine verjährt unter Umständen schon in einem Jahre, der andere nach früherem Recht gar nicht, nach späterem erst in längerer Zeit. Hatte man einmal für beide Ansprüche solche Verschiedenheiten statuirt, so verstand sich in der correcten Sprache des älteren Rechts die Bezeichnung derselben als *zweier Klagen* von selbst, denn wie hätte der Richter mit Ja oder Nein antworten sollen, wenn er sich überzeugt hätte, daß der Anspruch auf die Strafe bereits verjährt war, der reipersecutorische dagegen noch nicht. Das spätere Recht freilich fand nichts Anstößiges darin, eine Delictsklage in ihrer Richtung auf die Strafe mit dem Tod oder dem Ablauf der Verjährungsfrist untergehen, in Richtung auf die Sache aber fortdauern zu lassen,[24] — eine Erscheinung, die zu den oben S. 29 charakterisirten gehört, und in der ein Jurist der guten alten Zeit einen nicht geringern Verstoß gegen die Elementarbegriffe seiner Kunst gefunden haben würde, als ein musikalischer Purist des vorigen Jahrhunderts in Quintengängen und so vielen musikalischen Freiheiten, welche die neuern Musiker sich herausnehmen. Man könnte mir den Einwand machen, warum das ältere Recht nicht wenigstens da, wo jene beiden Ansprüche zufälligerweise ganz zusammenfielen, verstattet habe, sie in *einer* Klage geltend zu machen. Als Antwort diene: erstens daß die Frage: *ob* sie zusammenfallen, erst im Proceß selbst festgestellt werden kann, und sodann, daß, wenn man die Scheidung der Klagen von dem *zufälligen* Zusammen- oder

24) Quatenus ad heredes pervenit, L. 19 quod metus (4. 2), L. 17 §. 1 L. 26 de dolo (4. 3), L. 23 §. 8 ad leg. Aq. (9. 2) u. a.

Auseinanderfallen hätte abhängig machen wollen, der Zweck und Grundgedanke des Klagenſyſtems vereitelt worden wäre; denn derſelbe beſteht ja gerade darin, daß da, wo im einzelnen Falle mehrere Anſprüche zuſammentreffen, das ſtrenge Auseinanderhalten der materiellen Geſichtspunkte durch proceſſualiſche Scheidung derſelben geſichert werden ſoll.

Ein anderes Beiſpiel möge dies unterſtützen. Bekanntlich iſt ein Miteigenthum ohne Societät und eine Societät ohne Miteigenthum möglich, oder in der Sprache der Klagen ausgedrückt: es gibt außer der act. pro socio noch eine act. communi dividundo. Wenn nun beide Rechtsverhältniſſe in denſelben Perſonen zuſammentreffen, begründet durch einen und denſelben Akt der Eingehung der Societät, ſo könnte man glauben, daß eine Klage dafür ausreiche. Allein angenommen, man hätte ſich dafür entſchieden, ſo wäre man, wenn der eine von beiden Miteigenthümern ſeinen Antheil veräußert hätte, ſofort wieder in die Nothwendigkeit verſetzt worden, zwei Klagen zuzulaſſen, denn der Anſpruch auf Theilung (die act. comm. div.) geht activ und paſſiv auf den Singularſucceſſor über, während Recht und Verbindlichkeit aus dem Societätsvertrag (die act. pro socio) bei dem Geſellſchafter verbleibt. Jeder dieſer beiden Anſprüche geht ſeine eigenen Wege und hat ſeine eigene Natur; der eine hat activ und paſſiv zu ſeinen Trägern ſpecifiſch beſtimmte, der andere abſtract beſtimmte Subjecte (die jedesmaligen Eigenthümer). Jene Gemeinſamkeit der Entſtehung beſchränkt ſich aber auch hier wiederum bloß auf den äußern Akt, in dem zufälligerweiſe zwei völlig ſelbſtändige und verſchiedenartige Obligationsgründe zur Exiſtenz gelangen: der Societätsvertrag und die bei Gelegenheit deſſelben vorgenommene Mittheilung des beiderſeitigen Eigenthums.[24a])

24a) Beſteht dagegen lediglich ein Miteigenthumsverhältniß ohne Societät, ſo erſtreckt ſich die aus demſelben entſpringende Klage (act. communi dividundo) auf ſämmtliche mit demſelben verbundene Anſprüche: die adjudicatio wie die personales praestationes; Anſprüche dagegen, die nur zufällig durch die Gemeinſchaft veranlaßt ſind, die ſich nämlich auf Auslagen

Dem so eben betrachteten Fall steht gegenüber Einheit der Obligation bei scheinbarer Mehrheit der Obligationsgründe. Alle Delicte, die der Vormund, Mandatar in Sachen der Geschäftsführung sich hat zu Schulden kommen lassen, werden mit einer Klage verfolgt, während doch sonst der Grundsatz gilt: so viel Delicte, so viel Klagen. Worauf beruht die Abweichung von unserm Grundsatz? Sie ist gar keine, denn das Mandats- oder Vormundschaftsverhältniß begründet einen neuen, weiten Pflichtenkreis, dem gegenüber jene Delikte als Verletzung der contractlichen Verbindlichkeit erscheinen. Die einzelnen Ansprüche, die aus diesem Verhältniß sich ergeben, bilden mithin nicht besondere Forderungen, sondern nur einzelne Posten[25] der act. mandati, tutelae, welche die Klagformel mit der Collectivbezeichnung (quidquid ob eam rem dare facere oportet) auch formell zur Einheit zusammenfaßte, und die der Richter sämmtlich von dem einen Standpunkt des Mandats- und Vormundschaftsverhältnisses aus zu würdigen hatte.

Diesen Fällen schließen sich einige andere von ähnlicher Bewandtniß an, so z. B. die Klage des Banquiers auf Auszahlung seines Saldos[26] d. h. des schließlichen Guthabens aus seiner, eine Reihe der verschiedenartigsten Einnahme- und Ausgabeposten umfassenden Abrechnung.[27] Wie beim Mandatsverhältniß, so lassen sich auch hier die sämmtlichen einzelnen Rechtsgeschäfte unter den einen Gesichtspunkt der fremden Vermögensverwaltung

---

stützen, welche der Kläger für seinen Theil allein hätte machen können, aber auch für den Miteigenthümer gemacht hat, müssen mit der act. neg. gest. geltend gemacht werden. A. Brinckmann, Verhältniß der act. com. div. und der act. neg. gest. Kiel, 1855. S. 63 fl.

25) L. 10 §. 1 de appell. (49. 1) .. cum una actione ageretur, quae plures species in se haberet, pluribus summis sit condemnatus. L. 1 §. 1 quae sent. (49. 8) .. ex illa specie 30 .. ex illa 25.

26) Gaj. IV, 64, 68.

27) L. 6 §. 3 de edendo (2. 13) . . . dandi, accipiendi, credendi, obligandi, solvendi sui causa negotiationem.

bringen.[28]) Befremden erregen kann im ersten Moment die Bestimmung des römischen Rechts, daß der Prälegatar das ihm hinterlassene Legat mit der act. fam. ercisc. einklagen soll,[29]) indem diese Klage ja nur die Erbtheile zum Gegenstande hat, für Legate aber eine eigene Klage besteht. Allein das Prälegat enthält nach Auffassung der Römer nur eine Verfügung über die Realtheilung der Erbmasse und fällt mithin unter die Erbtheilungsklage. Auf der Gränze zwischen Kriminal- und Civilproceß liegt der Repetundenproceß, der, ähnlich wie die Klage aus der Tutel, die gesammte Verwaltung des Beamten und alle daraus für seine früheren Amtseingesessenen sich ergebenden Ansprüche zum Gegenstande hat.[30])

Die bisherige Ausführnng hat den Gesichtspunkt, den wir oben für die Obligation aufgestellt haben, gegen scheinbare Abweichungen aufrecht erhalten, und wir dürfen jetzt nach dieser Abschweifung unsern Weg weiter fortsetzen.

Alles, was oben von der Obligation gesagt ist, gilt auch für die Erbschaft. Wie jene, ist auch die Erbschaft eine leere, elastische Form, welche beliebig viel und wenig in sich aufnehmen kann; die Klage verhält sich auch bei ihr gegen die Mehrheit der Gegenstände vollkommen indifferent.[31]) Das Individualitäts- und Iden-

28) Ob es nicht von der andern Seite eine ähnliche Klage gab, darüber schweigen unsere Quellen. Jedenfalls konnte der Committent von dem Banquier Abrechnung verlangen (L. 4 pr. de edendo 2. 13), welche sich natürlich über sämmtliche Posten von beiden Seiten erstreckte (L. 6 §. 3 ibid.). In der Anerkennung des daraus für ihn sich ergebenden Ueberschusses ließ sich ein constitutum finden (L. 26 de const. pec. 13. 5), womit vielleicht die L. 2 §. 2 Cod. de const. pec. (4. 18) erwähnte besondere Usance bei Argentarien zusammenhängt.

29) Gaj. II §. 219, L. 17 §. 2 de leg. I (30).

30) Quintilian I. O. III, 10 §. 1 bezeichnet ihn als causa conjuncta im Gegensatz zur simplex, weil er „plures controversiae ejusdem generis" in sich schließe.

31) Nam cum hereditatem peto, et corpora et actiones omnes, quae in hereditate sunt, videntur in petitionem deduci. L. 7 §. 5 de exc. rei jud. (44. 2). Die Klage erstreckt sich daher auch auf die Früchte, ohne daß es

tätsmoment, welches bei dem Eigenthum in der *Sache*, bei der Obligation in dem *Entſtehungsgrunde* liegt, beruht hier auf der *Delation*: *ſo viel Delationen, ſo viel Klagen*;[32]) denn die Delation begründet, auch wenn Erbſchaft, Prätendent und Beklagter dieſelben ſind, eine neue Frage, indem daraus, daß der Kläger *nicht* im Teſtament oder in keinem gültigen Teſtament eingeſetzt iſt, noch nichts für ſein Inteſtaterbrecht folgt, ihm aber anderſeits nicht zugemuthet werden kann, unbeſtimmt ohne Detaillirung der causa ſchlechthin ſein „Erbrecht" zur Verhandlung zu ſtellen; denn die Verſchiedenheit des Delationsgrundes iſt beim Erbrecht nicht etwa, wie beim Eigenthum, eine bloße Verſchiedenheit des *Grundes* des Rechts, ſondern des Rechts ſelbſt, ſie gibt ihm möglicherweiſe z. B. wegen der im Teſtament angeordneten Vermächtniſſe oder der abweichend von der Inteſtaterbfolgeordnung beſtimmten Erbtheile einen völlig verſchiedenen Inhalt; *der Delationsgrund individualiſirt das Erbrecht*.

Es kann nicht in unſerer Abſicht liegen, den Geſichtspunkt, den wir bisher an einigen der wichtigſten Verhältniſſe des Rechts: dem Eigenthum, Erbrecht und der Obligation erprobt haben, durch

---

hier der Erwähnung derſelben bedurfte, L. 13 § 7 L. 20 §. 3, 16 de her pet. (5 3), denn fructus hereditatem *augent* L. 40 §. 1 ibid. hereditas et *augmentum* recipit et deminutionem L. 20 §. 3 ibid. L. 178 §. 1 de V. S. (50. 16) — ein Satz, der im Formularproceſſe für den *Kläger* dieſelbe Bedeutung hatte, wie der in §. 52 zu betrachtende, daß das Pekulium durch die Gegenforderungen des Herrn ipso jure vermindert werde, für den *Beklagten*.

32) L. 8 de her. pet. (5. 3). Eine weitere Ausführung iſt hier eben ſo wenig am Orte, wie die Verfolgung des Zuſammenhanges, in dem unſer Thema mit der Lehre von der exc. rei jud. ſteht. Zum Beweiſe der Behauptung im Text diene ſtatt aller andern Gründe die in jure cessio der hereditas legitima, bei der offenbar in der Ceſſions- (und folglich auch in der Vindications-) Formel die hereditas als „*legitima*" bezeichnet, alſo der Delegationsgrund angegeben geweſen ſein muß, denn man hätte ſonſt *dieſen* Ceſſionsfall von dem der hered. testam. nicht unterſcheiden können, was doch wegen der ſehr verſchiedenen Folgen beider Fälle wichtig war.

das ganze Recht und bis ins kleinste Detail durchzuführen.[33] Dagegen wollen wir dies noch thun bei einigen der Beispiele, mit denen wir oben unsere Darstellung eingeleitet haben.

Als Preisstück der processualischen Zersetzung haben wir dort (S. 27) die act. aquae pluviae arcendae nebst den sie begleitenden Klagen genannt. Die Analytik des Verhältnisses, aus dem sie hervorgehen, führt zu folgenden Erwägungen. Wenn das Werk, durch das Jemand den Lauf des Regenwassers geändert hat, für den Nachbar bloß mit einer einmaligen Beschädigung verbunden gewesen ist, ohne eine Wiederholung derselben in Aussicht zu stellen, so wäre das Verlangen einer Beseitigung des Werks ein völlig ungerechtfertigtes, der Anspruch des Verletzten wird sich hier mithin auf Schadensersatzleistung mittelst der geeigneten Klagen (Note 10 a. E.) beschränken müssen, ein Anspruch, der activ und passiv an die ursprünglichen Personen gebunden ist, auf die Käufer der beiderseitigen Grundstücke aber, welche den Schaden weder erlitten, noch zugefügt haben, nicht übergeht. Ganz anders, wenn jenes Werk den Nachbar dauernd in widerrechtlicher Weise beeinträchtigt.[34] Diese Rechtsverletzung läßt sich nicht durch einmaligen Schadensersatz, sondern nur durch Wegnahme des Werks beseitigen, und der Anspruch kann nicht, wie der obige, activ und passiv auf die ursprünglichen Personen beschränkt, muß vielmehr auch auf deren Singularsuccessoren erstreckt werden, denn jenes hieße das Interesse des Grundstücks dem Zufall Preis geben — ein Wechsel des Eigenthümers, z. B. durch Verkauf auf der einen, durch Legat auf der andern Seite, und das Grundstück wäre für ewige Zeiten hülflos! Wenn man aber den Anspruch einmal in dieser Richtung anerkannt hat, so kann man ihn mit dem so eben betrachteten nicht in eine Klage bringen, denn das hieße sie beide

33) Ich will jedoch nicht unterlassen, dies Thema der allgemeinen Aufmerksamkeit zu empfehlen; eine eingehende Bearbeitung desselben, namentlich in Verbindung mit der Lehre von der Identität der Streitsachen bei der exc. rei judicatae, dürfte eine höchst lohnende Ausbeute gewähren.

34) Si aqua pluvia noceti. e. nocere poterit II Note 631.

zwingen, stets denselben Weg zu wandern, während doch ihre Wege auseinander gehen. Eben so wenig konnte man den Anspruch in die Form der act. negatoria oder confessoria weisen und so die ganze act. aq. pl. arc. entbehrlich machen. Erstere paßte nicht, weil der Beklagte keinen Eingriff in des Klägers Eigenthum vorgenommen hatte, letztere nicht, weil es sich hierbei nicht um eine Servitut, sondern um eine gesetzliche Vorschrift handelte, und es, um den Beklagten zu einem Thun anzuhalten, der act. in personam bedurfte.

Die Nothwendigkeit einer eigenen act. aq. pl. arc. wegen neuer, während der Dauer des Processes errichteter Werke erklärt sich von selbst, denn daraus, daß das Werk, worüber in diesem Proceß gestritten wird, unstatthaft ist, folgt nichts für das neue, und wenn man diese völlig neue Frage in den schwebenden Proceß hätte werfen wollen, so hätte man dasselbe auch mit einem neuen Kaufcontract oder Diebstahl gegenüber einer anhängigen act. emti oder furti thun können. Was endlich die vierte dort genannte Klage betrifft, so hört die Macht des Richters mit dem Urtheil auf, für alles, was später geschieht, bedarf es also einer neuen Klage.

Die Nothwendigkeit einer Trennung der act. negatoria und confessoria von der Schadensersatzklage (Note 10) ergibt sich aus dem Bisherigen zur Genüge: die eine geht gegen den jedesmaligen Besitzer, die andere gegen den Thäter.

Die Trennung der act. ad exhibendum von der reivindicatio hat, soweit ich sehe, mehr einen doctrinären, als praktischen Grund gehabt. Beide Klagen gehen gegen den Inhaber als solchen und haben dasselbe Fundament, ich wüßte daher keinen andern Grund ihrer Scheidung anzugeben, als das für die letztere Klage geltende Requisit der äußern selbständigen Existenz der Sache, welches durch das vorschriftsmäßige Bringen und Ergreifen der Sache vor Gericht zur processualischen Nothwendigkeit gestempelt war, und welches durch die reivind. selbst nicht beschafft werden konnte, indem sie den Beklagten nicht zu einem Thun verpflichtete, ohne

dessen Erlaubniß aber anderseits der Kläger selber die Trennung nicht vornehmen durfte.

3. Die Vertheidigung.

Aelteres und neueres System derselben. — Vertheidigung in Form der Negation (Formulirung der Klage in jus und in factum). — Spielraum derselben im Vergleich zur Exception. — Möglichkeit der Geltendmachung eines Gegenanspruches in processualisch unsichtbarer Form (Rechtssätze mit Exceptionszweck) und in processualisch sichtbarer Form (Klage mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts — Substituirung einer andern Klagformel im Interesse des Beklagten — Doppelklage) — Vertheidigung in Form der Klage — die processualische Strafklage und die leges minus quam perfectae — Gesammturtheil über den analytischen Mechanismus des alten Processes.

Nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum. Gaj. IV, 108.

LII. Sollte der Grundsatz: ein Proceß, eine Frage, seinen Zweck erreichen, so mußte er, wie oben (S. 22) bemerkt, für beide Theile gelten. Was half es, der in der Häufung der Fragen liegenden Gefahr der Anschwellung des Processes und der daraus sich ergebenden Verwirrung und Verschleppung desselben von der einen Seite vorbeugen, wenn sie von der andern Seite und gerade von der, von welcher diese Gefahr am ersten zu besorgen ist, freien Zutritt hatte? Den Kläger hält schon sein eigenes Interesse ab, diese Gefahr heraufzubeschwören, oder sollte ihn wenigstens abhalten, das Interesse des Beklagten aber ist das gerade entgegengesetzte, jede Frage, die er in den Proceß hineinspielt, ist ein Hinderniß, das dem Kläger die Erreichung des Ziels erschwert und verzögert.

Aber anderseits wie kann man ihn in der Wahl und Zahl seiner Vertheidigungsmittel beschränken? Die Lage der beiden Partheien ist ja eine völlig ungleiche. Der Kläger hat die Initiative, er kann den Zeitpunkt bestimmen, wann er klagen will, seinen Angriff lange vorbereiten, seine Beweise vorher sammeln und, abgewiesen mit dieser Klage, zu einer neuen greifen. Von alle dem

gilt gerade das Gegentheil für den Beklagten. Ihn der Beschränkung unterwerfen, die bei dem Kläger vollkommen gerechtfertigt ist — heißt das nicht, in geradem Gegensatz zu dem, was die natürliche Gestalt des Verhältnisses mit sich bringt, der Klage ein Uebergewicht über die Vertheidigung geben?

So scheint es, allein dies ist nur Schein. Es handelt sich nämlich nicht um eine materielle Beschränkung des Beklagten in dem Gebrauch seiner Vertheidigungsmittel, sondern lediglich um die Form dieses Gebrauchs. Diese kann nämlich eine doppelte sein. Die einfache und natürliche Form besteht in der Benutzung der Vertheidigungsmittel der Klage gegenüber; hier wird die Klage durch die Vertheidigung, selbst wenn letztere noch so frivol ist, in ihrem Lauf aufgehalten, bis über Beide entschieden werden kann. Die zweite, künstlichere Form ist die der Widerklage oder Nachklage; hier erfolgt die Untersuchung der Vertheidigungsgründe in einem eigenen vom Beklagten zu erhebenden Proceß, der Lauf der Klage wird also dadurch nicht unterbrochen, die Vertheidigung nimmt die Gestalt einer Klage auf Wiedererlangung dessen an, was der Beklagte dem Kläger auf Grund der Condemnation im ersten Proceß hat entrichten müssen. Das neuere römische Recht gibt dem Beklagten für die meisten Vertheidigungsgründe die Wahl, ob er sie in der einen oder andern Form geltend machen will,[35] einige weist es ausschließlich in die erste,[36] andere ausschließlich in die zweite Form.[37]

Letztere hat etwas höchst Befremdendes. Warum gewährt man dem Beklagten ein Mittel, das man ihm einmal zugedacht hat,

35) z. B. exceptio und actio quod metus causa, exc. rei venditae et traditae und act. emti wegen Eviction, exc. non numeratae pec. und die condictio des Schuldscheins, Retentionseinrede und act. contraria, except. doli wegen mangelnder causa und die Condictionen, Compensation und klagweise Geltendmachung der Forderung.

36) z. B. Einrede der Verjährung, Retentionseinrede wegen der Impensen bei der Reivind.

37) z. B. die Berufung auf das Eigenthum gegenüber einer possessorischen Klage, die Geltendmachung von Gegenansprüchen gegenüber der act. depositi.

nicht zur rechten Zeit, warum versetzt man ihn erst in die Lage zahlen zu müssen, damit er sodann das Gezahlte hinterher zurückfordere? Würden die Beklagten sich immer nur wirklich begründeter Einwendungen bedienen, so hätte ein solches Verfahren allerdings keinen Sinn, allein es findet seine volle Rechtfertigung in der unbegränzten Möglichkeit des Gegentheils jener Voraussetzung.[37a]) Diese Möglichkeit nämlich setzt den Beklagten in Stand, den Proceß, der bei der Klarheit und Zweifellosigkeit des klägerischen Rechts sonst sofort beendet sein würde, durch lauter erdichtete Einwendungen in die Länge zu ziehen und sich während der Zeit auf Kosten des Klägers im Genuß des Rechts zu behaupten, ein Nachtheil, für den seine endliche Verurtheilung in den gesammten Schadensersatz dem andern Theile in der Regel nur einen unausreichenden Ersatz gewährt. Wie diesem Uebelstande abhelfen? Das ist die Bestimmung der obigen zweiten Form der Vertheidigung.[38]) Ohne dem Beklagten das absolut nothwendige Maß der Vertheidigung zu verkümmern, schneidet sie ihm alle Einreden ab, welche die angedeutete Gefahr herbeiführen können. Rasch gelangt hier der Kläger in den Genuß seines Rechts, und der Aufschub, den die Verwendung des seinem Gegner zustehenden Vertheidigungsmaterials verursacht, gereicht auf diese Weise nicht ihm, sondern letzterem zum Nachtheil.

Es beruht demnach jene Einrichtung auf einer Ausgleichung der Verschiedenheit der Partheirollen, der Theilung der Vortheile des mit dem Beklagtenverhältniß verbundenen Besitzes zwischen

---

37a) Seneca de benef. VII. 16: Satius erat a paucis etiam justam excusationem non accipi, quam ab omnibus aliquam tentari.

38) L. 2 Cod. de usur. leg. (6. 47) Adversus eos, qui sub obtentu legis Falcidiae legata morantur, notissimum est juris auxilium. Si igitur proposita stipulatione cavere cum satis datione potestis, „vos restituturos quanto amplius quam per eam legem licet acceperitis", judex solida vobis legata praestari jubebit. Cicero in Verrem II, 27: utrum aequius, decumanum petere an aratorem petere. L. 1 §. 2 Quod legat. (43. 3). Ueber einen sekundären Nutzen dieser Rechtsform, nämlich den Einfluß, den sie auf die Verringerung des Streitmaterials äußert, s. das Ende dieses §.

beide ſtreitführende Theile. Eben in der möglichſt raſchen Gewinnung dieſer Vortheile liegt für den jedesmaligen Kläger der wirkſamſte Sporn zur Beſchleunigung des Proceſſes, und ſo paradox es klingt, man darf mit Sicherheit behaupten, daß eine ſolche Zerlegung eines Proceſſes in zwei den Streit vereinfacht und abkürzt, anſtatt ihn zu verlängern und zu vervielfachen; denn vor der Benutzung völlig nichtiger Einwendungen in Form der Nachklage bebt Mancher zurück, der es in Form der Einrede ſchon damit verſucht haben würde.

Es liegt auf der Hand, daß die Anwendung dieſes Mittels, wenn die berechtigte Rückſicht auf den Kläger nicht in ein Unrecht gegen den Beklagten ausarten ſoll, an ganz beſtimmte Vorausſetzungen geknüpft werden muß. In dieſer Hinſicht das Richtige zu treffen, nach beiden Seiten das Extrem zu vermeiden und die feine Mittellinie aufzuſuchen, die beiden Partheien gegenüber der Idee der proceſſualiſchen Gerechtigkeit Genüge leiſtet, das iſt die Aufgabe. Es iſt nicht dieſes Orts, dieſes ſchwierige legislative Problem, für das weder die Jurisprudenz noch die Geſetzgebung überall das richtige Verſtändniß bethätigt hat, eingehender zu behandeln, allein zur richtigen Beurtheilung des älteren römiſchen Proceſſes iſt wenigſtens ein Bewußtſein davon, daß es exiſtirt, und eine gewiſſe Anſchauung von der Art, wie es ſich verwirklichen läßt, erforderlich; ein weiteres iſt mit den folgenden Bemerkungen nicht beabſichtigt.

Bei einer Klage aus einem zweiſeitigen Geſchäft, welches für beide Theile Rechte und Verbindlichkeiten begründet, kann der Umſtand, daß der Kläger ſeinen Anſpruch ſofort klar ſtellt, unmöglich die Wirkung nach ſich ziehen, daß der Beklagte mit ſeinen Gegenanſprüchen aus demſelben Geſchäft, ſoweit er ſie nicht ebenfalls ſofort zu erweiſen im Stande iſt, in die Form der Widerklage („ad separatum“) verwieſen werde. Denn Anſpruch und Gegenanſpruch ſtehen hier im engſten Zuſammenhange, im Verhältniß gegenſeitiger Abhängigkeit, und der Aufenthalt, den der Beklagte veranlaßt, gleicht nur den Vorſprung aus, den der Kläger dadurch

vor ihm voraus hat, daß er *vor* dem Proceß thun konnte, was der Beklagte *während* desselben thun muß. So hat es denn auch das römische Recht von jeher, seitdem die zweiseitigen Geschäfte als solche klagbar wurden, gehalten. Eine ganz andere Behandlungsweise aber trat in dem Fall ein, wenn die Partheien ihr Geschäft in die Form von zwei einseitigen Verträgen (Stipulationen) kleideten, wie sie *vor* dem angegebenen Zeitpunkt es *mußten*, nachher aber es noch stets *konnten* und sehr häufig thaten. Hier stand jeder Anspruch für sich, und es entsprach nur dem Willen beider Partheien, daß der eine in seiner gerichtlichen Geltendmachung durch den andern nicht gehemmt werden sollte; hätten sie das Gegentheil gewollt, so hätten sie dies auf dem Wege der bedingten Fassung beider Stipulationen erreichen können. Das neuere römische Recht hat auch hier aus Gründen, auf die ich erst am Ende des Paragraphen eingehen kann, die Form der *exceptionsweisen* Geltendmachung der Gegenforderung zugelassen, so daß also — und dies verdient sicherlich keine Billigung — das Recht den Partheien die Möglichkeit, ihrem Verhältniß die angegebene streng einseitige Form zu geben geradezu abschneidet.

Was im Bisherigen von ursprünglich zweiseitigen Geschäften gesagt ist, gilt natürlich in um so höherem Maße von ursprünglich einseitigen, und ich kann es auch hier wiederum nicht für eine *glückliche* Aenderung halten, wenn das neuere Recht alle Gründe, mit denen der Beklagte im Wege der Klage ihre Wirksamkeit beseitigen kann, nicht minder in Form der Einrede zuläßt und das ganz allgemeine Princip aufstellt: wer eine Klage hat, dem ist auch eine Einrede zu gewähren.[39]) Die bedenklichste Anwendung, die das neuere Recht von diesem Satz macht, ist die unbeschränkte Zulassung der Compensationseinrede, und ich glaube nicht zu schroff zu urtheilen, wenn ich diesen scheinbaren Triumph der Billigkeit

39) L. 156 §. 1 de R. J. (50. 17) cui damus actiones, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit. Der Satz erleidet jedoch manche Beschränkungen im Einzelnen, s. z. B. Note 37.

über das ſtrenge Recht[40]) geradezu als einen ſchweren Verſtoß gegen die Idee der proceſſualiſchen Gerechtigkeit bezeichne und darin nur eine Erſcheinung wiederfinde, die ich im dritten Syſtem mit manchen Belegen hoffe begründen zu können, nämlich die Entartung und Verweichlichung des geſunden, energiſchen Rechtsgefühls der alten Zeit. Nur bei einer Materie hat auch das neuere Recht ſich von dieſem Fehler gänzlich frei gehalten, nämlich beim Beſitz. Wo es ſich um Klagen handelt, die den Beſitz zur Grundlage haben, iſt jede Einrede, welche ſich auf das Recht bezieht, ausgeſchloſſen,[41]) und dieſem Gedanken hat das neuere Recht im Erbrecht ſogar eine erweiterte Anwendung gegeben.[42])

Unſer heutiges Recht hat den Fehler des ſpäteren römiſchen zum großen Theil wieder gut gemacht, theils nämlich dadurch, daß es dem Verkehr durch die an gewiſſe Urkunden (Wechſel und instrumenta guarentigiata) geknüpfte privilegirte Proceßart ſowohl bei zweiſeitigen als einſeitigen Geſchäften innerhalb gewiſſer Gränzen die Erlangung der obigen Vortheile in Ausſicht ſtellt, theils dadurch, daß es von dem Gedanken des Beſitzes den ausgedehnteſten Gebrauch macht (Quaſibeſitz). So ſcheinbar verſchieden dieſe beiden Verhältniſſe ſind, ſo iſt es doch daſſelbe legislative Motiv, das ihre Geſtalt beſtimmt; bei beiden iſt es nämlich der obige Zweck, die Vortheile der Beklagtenrolle in angemeſſener Weiſe zwiſchen beiden Partheien zu vertheilen, das Uebergewicht der Vertheidigung über die Klage auszugleichen.

Die bisherige Ausführung hat uns gezeigt, daß die unbegränzte Zulaſſung des Vertheidigungsmaterials in Form der Defenſive, weit entfernt durch die Idee der Gerechtigkeit geboten zu ſein, umgekehrt mit den Anforderungen der wahren, ächten Gerechtigkeit, welche ſich nicht allein nach dem bemißt, was ſie gibt, ſondern auch

---

40) „Aequitas compensationis“ L. 18 pr. de comp. (16. 2).

41) Eine ſcheinbare Ausnahme in Note 54.

42) Bonorum possessio, remedium ex lege ultima Codicis de edicto divi Hadriani tollendo, interdictum quod legatorum.

nach dem, wann sie es gibt, [42a]) unter Umständen in schneidenden Widerspruch treten kann, und dieses Unrecht zu erkennen und zu beseitigen — darein setze ich die Idee und Bestimmung der *processualischen Gerechtigkeit*. [42b]) Ob das Gefühl von *ihr* es war, was die ältere Jurisprudenz bei der Gestaltung des Processes leitete, oder die Rücksicht auf die durch Häufung der Fragen bedrohte Einfachheit und Uebersichtlichkeit des Processes, ob also ein ethisches Motiv oder ein Gesichtspunkt der legislativen Politik, darüber wäre es müßig zu rechten; genug, der ältere Proceß gibt *beiden* Gedanken ihr volles Recht.

Es liegt die Frage nahe, nach welchen Rücksichten die Vertheilung des Vertheidigungsmaterials unter die beiden Formen erfolgt sein mag, warum der eine Einwand in die einer Negation oder exceptio, der andere in die einer Gegenklage gebracht worden ist. Um diese Frage zu beantworten, müßte die Geschichte uns tiefere

---

42a) Gaj. III, 113 non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intelligitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus. L. 10 §. 12 Quae in fr. cred. (42. 8) praetor fraudem intelligit etiam in tempore fieri.

42b) *Briegleb*, Einleitung in die Theorie der summarischen Processe, Leipz. 1859 S. 3, 4 dürfte dieselbe nicht gebührend beachtet haben, sonst würde er in der obigen Einrichtung keine „ganz enorme Beschränkung des ordentlichen Vertheidigungsrechts" erblickt haben. Der Umstand, daß der Beklagte den liquiden Beweismitteln des Klägers keine eben so beschaffene gegenüber zu setzen vermag, ist kein „zufälliger", sondern ein verschuldeter, dessen Folgen auf ihn selber, nicht auf den Kläger zurückfallen müssen. Der im Text aufgestellte Gesichtspunkt wird freilich ganz allgemein von unserer Jurisprudenz vernachlässigt, während die Römer für denselben ein ungleich höher entwickeltes Verständniß gehabt haben. Auf ihm beruht z. B. die Erleichterung des Beweises bei den Schadensersatzklagen durch Gewährung des Anspruches auf das duplum, durch Verstattung des juramentum in litem, die Strafe des Läugnens und manches andere, — lauter Rechtssätze, welche bestimmt sind, den durch Schuld des Beklagten bewirkten Beweisnothstand des Klägers der Idee der Gerechtigkeit gemäß auf Kosten des *Beklagten* wiederum auszugleichen, und die man sehr Unrecht gethan, mehr oder weniger fallen zu lassen. Wann erscheint einmal ein Werk über die „Idee der Gerechtigkeit in ihrer Anwendung auf die *Gestaltung der Beweistheorie*"?

Blicke in die innere Entwickelung des römischen Rechts, vor allem des Condictionensystems verstattet haben, als sie es in Wirklichkeit gethan hat. Manches ist dabei unzweifelhaft rein historisch. So z. B. glaube ich, daß der Begriff einer Aufhebung der Rechte „ipso jure“ und die Zahl der einzelnen Fälle im Laufe der Zeit in ähnlicher Weise etwas Feststehendes und historisch Abgeschlossenes geworden ist, wie der Begriff und die Zahl der contractus und delicta. Gründe, denen erst das spätere Recht eine aufhebende Wirkung zugestand, wurden daher schon darum in die Form der Klage getrieben, weil ihnen die Negation (s. u.) verschlossen war, die der exceptio aber, selbst wenn sie damals bereits existirte, wenigstens solange noch die ursprünglichen Anschauungen nicht ganz abhanden gekommen waren, ungleich mehr gegen sich hatte, als die der Klage. Erst durch die Form der Klage hindurch arbeiteten sie sich zu der Exception hinauf — ein Punkt, auf den ich am Schluß des Paragraphen zurückkommen werde.

Die folgende Darstellung beschränkt sich nicht auf die älteste Form des römischen Processes. Es ist nicht bloß die Dürftigkeit unserer Kenntniß über den Legisactionenproceß, die uns zwingt, unsern Blick auf den Formular-Proceß zu erweitern, sondern es ist die Gleichheit des hier zur Betrachtung stehenden, sie beide gleichmäßig beherrschenden Grundgedankens. Beide sind gebaut auf den Grundsatz der Einen Frage, aber während der eine, soviel wir wissen, denselben nie verläugnet hat, und auch der andere in der ersten Periode seines Bestehens an diesem seinem Fundament sicherlich nicht gerüttelt hat, weist er in einer spätern Phase seiner Entwickelung zwei Bildungen auf, die eine entschiedene Abweichung von jenem Grundsatz enthalten. Beide sind prätorischen Ursprungs, die eine eine eigenthümliche Form der Klage: die actio in factum, die andere die exceptio. Bei der ersten war die Abweichung keine nothwendige und durchgehende, sie konnte unter Umständen auf einen Fragepunkt gestellt werden, aber regelmäßig enthielt sie zwei; bei der andern dagegen war diese Abweichung durch ihre Form

ſelbſt mit Nothwendigkeit gegeben, ſie fügte ſtets zu der im Intereſſe des Klägers geſtellten Frage eine zweite im Intereſſe des Beklagten hinzu.

Nach dem Zweck unſerer Aufgabe, welcher auf die Schilderung des urſprünglichen Grundbaues des römiſchen Proceſſes gerichtet iſt, ſcheiden wir daher dieſe beiden Bildungen von dem Kreis unſerer Betrachtung aus, ſoweit ſie nicht etwa dazu dienen können, durch ihren Gegenſatz das Verſtändniß zu fördern.

Wir verfolgen jetzt die Vertheidigung in den beiden oben angegebenen Richtungen und zwar zuerſt in der *defenſiven* Richtung. Hier nimmt ſie den Charakter einer *Negation* der *Klage* an.

1. *Vertheidigung in Form der Negation.*

Dieſelbe Alternative rückſichtlich der Beantwortung der durch die Klage geſtellten Frage, welche dem Richter geſtellt iſt, daß er nämlich entweder ſchlechthin bejahen oder ſchlechthin verneinen muß, gilt auch für den Beklagten. Auch ihm iſt nur die Wahl gelaſſen zwiſchen einem kategoriſchen *Ja* oder *Nein*, ohne das ausweichende „*Aber*“ der exceptio. Dem Ja folgt die Verurtheilung, dem Nein der Proceß. Iſt mithin die Behauptung des Klägers *ſo* gefaßt, daß der Beklagte ſie nur bedingt oder theilweiſe einräumen kann, ſo bleibt ihm, wenn er ſeinem Recht nichts vergeben will, nichts übrig, als ſie ſchlechthin in Abrede zu ſtellen und ebenſo dem Richter, wenn er ſich nicht überzeugt, daß ſie ihrem *ganzen* Umfang nach begründet iſt, nichts übrig, als den Kläger ſchlechthin abzuweiſen. Die kleinſte Abweichung von der Wahrheit zu eigenen Gunſten begründet mithin für den Kläger den Verluſt des ganzen Proceſſes; die Strafe der plus petitio war eine nothwendige Conſequenz der obigen Alternative oder, was daſſelbe, der intentio certa. Wo der Anſpruch des Klägers ſich in ſeiner ſchließlichen Geſtalt auf eine Geldſumme reducirte, und man ihm

billigerweise nicht zumuthen konnte, dieselbe mit Gefahr der plus petitio selber anzusetzen, wußte man in verschiedener Weise zu helfen, theils nämlich durch vorherige Schätzung in Form eines praejudicium, wovon unten ein Beispiel folgen wird, theils durch nachherige Schätzung (arbitrium litis aestimandae), theils auf andere Weise.[43])

Der Umfang der Negation bestimmte sich nach dem der Behauptung; je nachdem letztere enger oder weiter gefaßt, war damit auch jener ein engerer oder weiterer Spielraum angewiesen. Es ergab sich daraus die Nothwendigkeit, die Klage so weit zu fassen, daß dem Beklagten der nöthige Raum zu seiner Vertheidigung offen blieb. Hätte man also z. B. die Klagformel so formulirt, daß „Kläger dem Beklagten **100** *geliehen* habe", so hätte der Beklagte mit dem Einwande, daß „er sie *zurückgezahlt*", in demselben Proceß gar nicht gehört werden können, weil darin eine neue *positive* Behauptung gelegen hätte. Man mußte folglich die Klagformel so einrichten, daß sie *beide* Behauptungen in sich aufnehmen konnte, und dies geschah dadurch, daß man sie auf das „*Schuldigsein*" stellte. Diese Fassung ließ von Seiten des Klägers als *Affirmative* des Schuldigseins die Behauptung zu, daß er die **100** *gegeben*, von Seiten des Beklagten als *Negative* des Schuldigseins die, daß er sie *zurückgezahlt* habe. Alle Klagformeln mußten mithin, wenn sonst der Grundsatz der Negation durchführbar sein sollte, auf die *gegenwärtige Existenz des Rechtes* lauten — und in der That ist dies die

---

43) So nämlich bei den Delictsklagen, z. B. bei der act. leg. Aquiliae, indem man dem Kläger für den Ansatz der Geldsumme („*tantum aes dare domino damnas esto*", Worte der lex Aquilia L. 2 pr. ad leg. Aq. 9. 2), wo sie erforderlich war (L. 25 §. 2 ibid.), einen so weiten Spielraum gewährte (Werth des letzten Jahres bez. Monats), daß er es sich selbst zuzuschreiben hatte, wenn er eine plus petitio beging. Die act. furti lautete bloß auf „*pro fure damnum decidere oportere*" Gaj. IV. 37, 45, womit die bei jedem „*dare oportere*" erforderliche Angabe einer bestimmten Sache oder Summe umgangen war.

Form aller altrömiſchen Klagen,[44]) — ſie ſind ſämmtlich, wie die römiſchen Juriſten es ausdrücken, „in jus conceptae“.

Den Gegenſatz zu ihnen bilden die vorhin erwähnten actiones in factum conceptae des prätoriſchen Rechts. Der Begriff „jus“ war ein hiſtoriſch abgeſchloſſener; als jus im concreten Sinn bezeichnete die correcte Sprache des Proceſſes nur ein ſolches, welches dem jus im abſtracten Sinn, dem jus civile, entſprach, der Prätor konnte ſich mithin für die von ihm eingeführten Klagen nicht der Ausdrücke bedienen, in denen man ſich gewöhnt hatte die Bezeichnung eines jus zu erblicken (Note 44), es erübrigte ihm folglich nur eine Faſſung, welche dieſe Bezeichnung umging, die der „actiones in factum“. Die Formel lautete hier auf die Thatſache (factum), auf welche der Anſpruch des Klägers ſich gründete, und zwar, da dieſe Thatſache regelmäßig der Vergangenheit angehörte, im Gegenſatz zu dem Infinitiv Präſentis des Civilrechts im Infinitiv Perfecti.[45]) Um hier nun dem Beklagten, welcher

---

44) Mithin im Infinitiv des Präſens. Die in rem actiones ſind mit Andeutung der abſoluten Natur des ihnen zu Grunde liegenden Rechts (II 511) auf ein esse geſtellt (rem, hereditatem meam esse, jus utendi, eundi mihi esse, tibi non esse), die actiones in personam mit derſelben feinen Andeutung der ihnen zu Grunde liegenden Verpflichtung der Perſon (II 512) auf oportere (dare, pro fure damnum decidere oportere). Hätte die Formel der act. furti auf: si paret Nn. furtum fecisse gelautet (Rudorff R. G. II, 353; Gaj. IV. 37, auf den er ſich beruft, ſpricht von der Klage des Peregrinen), wäre ſie alſo ſtatt in jus, in factum concipirt geweſen, ſo hätte der Einwand des Beklagten, daß man ſich verglichen habe, die Form eines beſondern Zuſatzes zur Klage d. h. einer exceptio annehmen müſſen, bekanntlich hob aber das pactum die act. furti ipso jure auf, und dies war nur möglich, wenn letztere auf ein „oportere“ gerichtet war, dieſer Faſſung gegenüber ſtellte ſich jener Einwand als Negation, als Behauptung des „non oportere“ dar.

45) z. B. A. A. apud N. N. mensam deposuisse — convenisse inter A. A. et N. N., ut res pignoris nomine obligata esset — patronum in jus vocatum esse, Gaj. IV. 46, 47. Nur wo die Klage von einer gegenwärtigen Thatſache abhing, z. B. beim interd. uti possidetis vom gegenwärtigen Beſitz, ward natürlich das Präſens gebraucht: possidetis. Eine beachtenswerthe Bemerkung über die Verſchiedenheit der materiellen Auf-

die angegebene Entſtehung des klägeriſchen Anſpruchs zwar einräumte, aber die ſpätere Aufhebung deſſelben behauptete, Raum zu dieſer Behauptung zu geben, mußte natürlich der Formel ein darauf gerichteter Zuſatz als zweites Glied einverleibt werden. Die actiones in factum waren daher in der Regel zweigliedrig, ſie enthielten zwei Fragen: eine im Intereſſe des Klägers — das Klagfundament — eine im Intereſſe des Beklagten, gefaßt bald als negative Beſchränkung des Klagfundaments, bald als exceptio.[46]) Einige Formeln waren bloß eingliedrig; hier ſteckte das nöthige Vertheidigungsmaterial ſchon im poſitiven Klagfundament.[47])

Wenn ich den ſo eben entwickelten Gegenſatz in der Faſſung der Klagen erſt hier bei Gelegenheit der Vertheidigung behandelt habe, ſo geſchah es, weil er erſt hier für uns von Bedeutung wird. Seine Bedeutung iſt übrigens keineswegs auf den hier

---

faſſung des Anſpruchs bei beiden Arten der Klagen (bei der einen: Richtung deſſelben auf Erfüllung einer Pflicht, bei der andern auf Schadenserſatz wegen einer rechtswidrigen Handlung) ſ. bei Bruns in der Ztſchr. für Rechts-Geſch. I S. 59. — Der alten Form der Klage entſprechend wird auch die confessio in jure auf „jus" gelautet haben, und ein Puriſt mochte bezweifeln, ob der Ausdruck auch auf das „factum" bei der act. in factum paſſe; ſo möchte es ſich erklären, daß die lex Rubria C. 22 neben dem (auf das vorhergehende „oportere, debere, esse" zu beziehende) „confessus erit" noch das (auf das „habere, fecisse" zu beziehende) dixeritve gebraucht.

46) Beiſpiel der erſten Form: . . rem deposuisse (poſitiver Theil des Klagfundaments) eamque dolo malo Ni Ni Ao Ao redditam non esse (negativer Theil). Beiſpiel beider Formen bei der act. hypothecaria: convenisse . . . ut res pignoris nomine obligata esset (poſitiver Theil) eamque pecuniam solutam non esse neque eo nomine satisdatum esse neque per A. A. stetisse, quominus solveretur (negativer Theil) si non voluntate creditoris veniit (exceptio, L. 8 §. 9 quib. mod. pig. 20. 6).

47) z. B. . . . patronum contra edictum . . . in jus vocatum esse Gaj. IV. 46, in dem contra edictum ſteckte der Stoff zur Vertheidigung (z. B. L. 11 de in jus 2. 4), ebenſo bei den poſſeſſoriſchen Interdicten . . possidetis nec vi nec clam nec precario alter ab altero (L. 1 pr. uti poss. 43. 17).

in Frage ſtehenden Geſichtspunkt der Form der Vertheidigung beſchränkt, und es möge mir erlaubt ſein, darüber noch einige Worte hinzuzufügen.

Wer ſich auf den Standpunkt des römiſchen Formalismus ſtellt und von ihm aus, wie man es ja muß, den Gegenſatz beurtheilt, dem bietet er, ſo äußerlich er ſcheint, doch reichen Stoff zum Nachdenken. Daß ſich in ihm der Gegenſatz der verſchiedenen Zeiten, denen er angehört, klar abſpiegelt, wird keines ausführlichen Nachweiſes bedürfen. Die actio in jus concepta iſt eins jener formaliſtiſchen Kunſtproducte, die den fein entwickelten Formenſinn der alten Jurisprudenz kennzeichnen; ihr gegenüber macht die act. in factum den Eindruck des Rohen, Formloſen. Nicht bloß darum, weil jene in einem Satz erreicht, wozu dieſe mehrere nöthig hat, ſondern vor allem darum, weil jene, indem ſie die Condemnation an die Vorausſetzung der Exiſtenz eines Rechts knüpft, dieſelbe innerlich motivirt, während letztere ſie rein äußerlich an das Vorhandenſein gewiſſer Thatſachen knüpft. Aus bloßen Thatſachen aber folgt nie die Nothwendigkeit der Verurtheilung — das Mittelglied: das Recht fehlt. Bei jener Faſſung iſt dieſe Nothwendigkeit eine innere, die ſich von ſelbſt verſteht — denn wo ein Recht vorhanden iſt, da muß es auch realiſirt werden — bei dieſer eine äußerliche, die ſich der Form nach lediglich auf poſitive Anordnung ſtützt. Sodann faßt jene wiederum die Beſtandtheile des Thatbeſtandes zur Einheit des Begriffs zuſammen, ſchließt ihn alſo innerlich ab, während dieſe dieſelben als bloß äußerlich zuſammengefügtes Aggregat neben einander ſtellt. Dieſer Unterſchied iſt aber von der äußerſten Wichtigkeit — an ihn knüpft ſich ein Stück römiſcher Jurisprudenz. Wer ein „Recht“ angeben ſoll, muß über deſſen Natur mit ſich im Reinen ſein, wer bloße Thatſachen für ſich anzuführen braucht, kann ſich dem entziehen. In der formula in jus concepta lag alſo eine Nöthigung zur Klarheit über die ſyſtematiſche Natur der Rechte; ein Juriſt, der aus irgend einer lex eine legis actio fabriciren wollte, mußte ſich klar ſein, ob die intentio auf esse oder oportere geſtellt werden müſſe,

m. a. W., ob der Anſpruch ein abſoluter oder relativer ſei. Hätte er ſtatt deſſen die Formel in factum concipiren können, ſo hätte er dieſe Frage ganz umgehen können, wie dies ja ſpäter bei der act. hypothecaria wirklich geſchah, und vielleicht würde uns dann auch über ein Recht des alten Civilrechts derſelbe Streit geblüht haben, wie heutzutage der über die Natur des Pfandrechts. Die harmloſe Unentſchiedenheit ihrer civiliſtiſchen Natur, deren ſich ſo manche Rechte modernen Urſprungs bei der Formloſigkeit unſerer Klagen — man kann ſie nicht einmal actiones in factum nennen — Jahrhunderte lang erfreut haben und zum Theil noch erfreuen, wäre bei der römiſchen actio in jus concepta völlig unmöglich geweſen, die Reallaſten z. B. würden mit dem erſten Schritt, den ſie in den römiſchen Proceß hinein hätten thun wollen, ſich haben entſcheiden müſſen: ob actio in rem oder actio in personam. Die Sprache der actio in jus concepta iſt die des Juriſten, die der actio in factum kann jeder Laie reden, — wohl dem Rechte, das früh jene Sprache zu lernen gezwungen geweſen iſt!

Und doch hätte anderſeits dieſer Zwang der proceſſualiſchen Bezeichnung der Rechtsbegriffe bei der act. in jus concepta der Tod der Jurisprudenz werden können. Es hing nur von dem Maß ab, in dem das materielle Recht in der Klage zur Erſcheinung kommen mußte, um den Zwang zur wiſſenſchaftlichen Klarheit in ein Hemmniß jedes Fortſchrittes, um die Beſtimmtheit in Verſteinerung zu verwandeln; denn alles, was einmal in der Formel der legis actio Platz gefunden hatte, war ſo gut wie unabänderlich geworden. Hätten die alten Juriſten die Formel der legis actio in derſelben breiten Weiſe concipirt, in der man wohl zu andern Zeiten Klagformulare und Geſchäftsformulare abgefaßt hat, hätten ſie alſo z. B. in die Formel der reivindic. die Eigenthumserwerbungsarten aufgenommen, ſo wäre es um jede freie Bewegung im Innern der Inſtitute geſchehen geweſen — die Erſtarrung an der Oberfläche würde ſich auch auf die Tiefe ausgedehnt haben. Es bewährt ſich darin wiederum ſo recht der Takt der alten Jurispru-

denz, daß ſie den Rechtsbegriff in der Klage zwar fixirte, aber daß ſie es that, ohne ihn zu feſſeln (II 666 flg.).

Unterſuchen wir den Spielraum, den die actio in jus concepta der Vertheidigung vergönnte.

Von vornherein hat die Meinung ſehr viel für ſich, daß derſelbe ein ſehr enger geweſen ſei. Denn wenn der Beklagte lediglich auf Negation angewieſen iſt, ſo iſt ja die Berufung auf alle Gründe und Verhältniſſe ausgeſchloſſen, welche nicht direct eine Nichtexiſtenz des klägeriſchen Anſpruchs involviren. Unter dieſer Vorausſetzung ſcheint z. B. der Eigenthümer gegen den Uſufructuar mit Erfolg die Vindication anſtellen zu können, denn die Berufung auf den Nießbrauch enthält keine Negation des Eigenthums. Gegenüber dieſem engen Spielraum der Vertheidigung würde das Gebiet, das derſelben ſpäter mittelſt der exceptio eröffnet ward, ein unvergleichlich weites geweſen ſein. Hier kann der Beklagte, frei von jeglicher Beſchränkung, den Anſpruch des Klägers in jeder gedenkbaren Weiſe bekämpfen: er kann ihn in ſeiner abſtracten juriſtiſchen Exiſtenz beſtehen laſſen und dennoch wegen der Mängel, die ihm anhaften, ſich ſeiner Ausübung widerſetzen — er kann dem Anſpruch einen Gegenanſpruch gegenüber ſtellen und ihn damit zurückſchlagen, ja die verſchiedenartigſten Rechte, wie z. B. Eigenthum und Obligation (exc. rei venditae et traditae) können in dieſer Form ſich einander gegenüber geſtellt werden.

Dieſe ganze Anſicht von der vermeintlichen übertriebenen Enge des ältern und der unverhältnißmäßig größern Weite des neuern Vertheidigungsſyſtems beruht jedoch auf bloßem Schein. Freilich der Gründe, auf welche der Beklagte hier ſeinen Antrag auf Befreiung ſtützen konnte, war eine ungleich größere Zahl geworden, als dort; Hausſöhne, Frauenzimmer genoſſen noch nicht den Schutz des Sc. Macedonianum und Vellejanum, dem Betrogenen und Gezwungenen kam noch keine exceptio doli und metus zur Hülfe. Allein darauf die Anſicht zu bauen, daß der proceſſualiſche Mechanismus dieſen Schutz ausgeſchloſſen habe, wäre ſehr irrig. Hätte man ſonſt nur für die materielle Nothwendigkeit dieſer Be-

freiungsgründe sich entschieden, die Form würde keine Schwierigkeit geboten haben, denn man würde es schon verstanden haben, sie ganz so, wie die Vertheidigungsgründe des älteren Rechts (s. u.) unter den Gesichtspunkt einer Negation des klägerischen Rechts zu bringen, d. h. man würde sie als Nichtigkeitsgründe behandelt haben. Warum das spätere Recht dies nicht that, darüber habe ich mich schon oben (S. 55) geäußert.

Das beste Mittel, um diesen Irrthum von der vermeintlichen großen Differenz des Spielraums der Negations- und Exceptions-Vertheidigung zu widerlegen, besteht darin, den beiderseitigen Spielraum mit einander zu vergleichen.

Die Exception wird uns als ein Mittel bezeichnet, welches die Condemnation bald völlig ausschließt, bald bloß verringert.[48] Daß auch die Negation unbeschadet der Grundsätze von der plus petitio dieser doppelten Wirkung fähig war, wird der Verlauf der Darstellung lehren (Note **56, 66, 71, 76**).

Das Fundament oder der Stoff der Exception kann dreifacher Art sein; zu allen drei Arten liefert die Negation Seitenstücke.

Die erste Art ist die Behauptung der Mangelhaftigkeit der Entstehungsweise des klägerischen Anspruchs, Beispiele bieten die oben genannten Fälle der exc. Sc. Macedon., Vellej., metus, doli. Dieser ersten Grundform der exc.: der ursprünglichen Mangelhaftigkeit, entspricht im System der Negation die ursprüngliche Nichtigkeit; Beispiele gewähren alle Gründe, welche „ipso jure" das Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts ausschließen: Fehler in der Form, z. B. Präterition eines suus im Testament, Mangel der Handlungsfähigkeit, z. B. Verträge eines Wahnsinnigen, Unmündigen, Ertheilung der tutoris auctoritas in rem suam, u. a.

Die zweite Grundform der exc. betrifft die später eingetretene Mangelhaftigkeit des klägerischen Anspruchs, sie um-

---

48) L. 22 pr. de exc. (44. 1). Ueber die verringernde Kraft der exc. s. H. Dernburg, Die Compensation S. 218 flg.

faßt alle Ereignisse, Vorgänge im Leben desselben, welche, ohne dieses selber aufzuheben, doch die fernere Wirksamkeit desselben hemmen — Gebrechen und Fehler, die das ursprünglich gesunde dem von Anfang an siechen Recht völlig gleich stellen. Diesen Gründen correspondiren im System der Negation die, welche das Recht hinterher „ipso jure" aufheben; der Entkräftung entspricht die Vernichtung. Beispiele gewähren für jene: die Verjährung der Klage, der formlose Erlaß (pactum de non petendo), für diese: Untergang des klägerischen Eigenthums durch Usucapion von Seiten des Beklagten, der formelle Erlaß (acceptilatio), das pactum bei der act. furti u. a. m.

Während diese beiden ersten Grundformen der exc. der innern Mangelhaftigkeit des klägerischen Rechts ihren Stoff entnehmen, entlehnt die dritte ihn dem Verhältniß dieses Rechts zu einem selbständigen Recht des Beklagten, sie repräsentirt uns den Conflict zweier Ansprüche, welche sich in ihrer Verwirklichung hemmen oder paralysiren, so z. B. zweier Obligationen (Compensations-, Retentions-Einrede), oder des Eigenthums und der Obligation (exc. rei vend. et traditae). Daß das Negationssystem auch für diese Form ein Seitenstück zu liefern im Stande sei, möchte man im ersten Moment bezweifeln, denn wie kann der Beklagte, wenn er lediglich auf Negation des klägerischen Anspruchs angewiesen ist, demselben einen positiven Gegenanspruch gegenüberstellen? Antwort: dem Conflict beider Ansprüche muß die Gestalt gegeben werden, daß der eine den andern sei es von vornherein ausschließt oder hinterher vernichtet. Es ist die Aufgabe des Folgenden zu zeigen, wie die alten Juristen durch Anwendung dieses Kunstgriffs es verstanden haben, der scheinbar so ungelenken Vertheidigungsform des alten Processes eine Verwendbarkeit zuzuwenden, welche hinter der der exceptio wenig zurückblieb, und es dem Beklagten zu ermöglichen, dem Recht des Klägers ein eigenes, selbständiges Recht gegenüberzustellen.

Der Weg, den sie zu dem Zwecke einschlugen, war ein doppelter; theils der des materiellen Rechts, theils der des Processes.

Dort ward die Berufung des Beklagten auf sein Gegenrecht lediglich durch Sätze des materiellen Rechts ermöglicht, ohne daß das Gegenrecht im geringsten *processualisch* (d. h. in der Klagformel oder im Urtheil) sichtbar wurde: der Beklagte negirte in jure einfach die Existenz des klägerischen Rechts und begründete diese seine Negation demnächst in judicio einfach mit dem Nachweis seines *eigenen* (das erstere aufhebenden) Rechts. Der zweite Weg bestand darin, daß man der Klage mit Rücksicht auf den beabsichtigten Einwand des Beklagten eine ganz besondere Fassung gab, welche es ermöglichte, denselben in Form der Negation der Klage gegenüber zu stellen; hier ward das Recht des Beklagten processualisch *sichtbar*. Für gewisse Verhältnisse reichte auch dieser Weg nicht aus, und hier schlug man *den* ein, den Streit über die beiderseitigen Rechte als *zwei* Klagen zu einem einzigen *Doppelproceß* (judicium duplex) zusammen zu fassen.

I. Der Weg des materiellen Rechts.

Das Gesetz der Scheidung und selbständigen Entwicklung der einzelnen Theile, welches das Gesetz einer jeden Entwicklung überhaupt ist, bethätigt sich auch an dem Verhältniß des materiellen Rechts und Processes. Ursprünglich ganz zusammengewachsen und unlöslich aneinander gekettet, gehen beide im Laufe der Zeit immer weiter auseinander, ihre eigenthümlichen Probleme verfolgend und ihren eigenthümlichen Lebensgesetzen gehorchend. So wird das Band zwischen ihnen immer lockerer, das Verhältniß schließlich ein rein äußerliches. Die processualischen Einrichtungen bilden ausschließlich die Form des Verfahrens aus, ohne zur Unterstützung derselben eine besondere Gestaltung des materiellen Rechts in Anspruch zu nehmen, und das materielle Recht widmet sich *seinen* Aufgaben, ohne des Processes dabei zu gedenken, ja es kommt endlich der Zeitpunkt, wo man sogar vor der Idee nicht mehr zurückschrickt, eine ganz neue Proceßordnung einzuführen, den Proceß der wesentlichsten Umgestaltung zu unterziehen, ohne am materiellen Recht zu rütteln, und umgekehrt letzteres in eine völlig neue Form zu bringen,

ohne den Proceß im mindesten zu alteriren. Von einem solchen Standpunkt der Entwicklung aus, wie es der unserer heutigen Zeit ist, läuft man nur zu sehr Gefahr, das ursprüngliche Verhältniß zwischen beiden Theilen zu verkennen und im Licht der eigenen Zustände zu beurtheilen, und es bedarf erst eines künstlichen Sicheinlebens in die Vergangenheit und ihre eigenthümlichen Zustände, um die Erscheinungen, die sie uns aufweist, wirklich zu verstehen.

Zu dieser Betrachtung haben mir die Rechtssätze Veranlassung gegeben, deren Bedeutung ich im Folgenden zu ermitteln versuchen werde. Sie gehören sämmtlich dem materiellen Recht an, und doch ist ihre Bedeutung eine rein processualische. Ein processualischer Zweck nämlich, die Ermöglichung der Vertheidigung des Beklagten in Form der Negation, hat ihnen das Leben gegeben, aber die spätere Entwicklung des Processes hat den Boden, auf dem sie gewachsen waren, und der ihre eigenthümliche Gestalt bedingte, überfluthet, ohne sie selbst mit hinwegzuschwemmen, und so ragen sie als Ueberbleibsel einer frühern Epoche in eine Zeit hinein, die für ähnliche Zwecke völlig andere Formen zur Anwendung brachte, ganz geeignet, den Unkundigen irre zu führen.

Dahin gehört zunächst die Regel, daß weder ein Kauf oder Miethcontract, noch eine Verpfändung, ein Precarium oder Depositum der eigenen Sache möglich sei.[49]) Der ursprüngliche Sinn und Zweck derselben war in meinen Augen der: dem wahren Eigenthümer, der in Unkenntniß seines Eigenthums einen der genannten Verträge abgeschlossen hatte, gegenüber der Klage seines Gegners auf Rückgabe der Sache oder auf Zahlung des Kaufpreises oder Miethzinses die Berufung auf sein Eigenthum und damit die Abwehr des klägerischen Anspruches zu ermöglichen. In seiner nackten Gestalt als Berufung auf das eigene Eigenthum war dieser Einwand unmöglich, denn in dem Proceß über die Obligation oder

49) L. 45 pr. de R. J. (50. 17). Neque pignus neque depositum neque precarium neque emtio neque locatio rei suae consistere potest. L. 21 de usuc. (41. 3), L. 31 §. 1 Dep. (16. 3) u. a.

über den Beſitz[50]) konnte von der andern Seite nicht die Eigenthumsfrage eingemiſcht werden. Wollte man den Einwand gleichwohl zulaſſen, ſo war dies nur in der Form möglich, daß man ihm die Geſtalt einer Beſtreitung des Klagegrundes gab: der Kauf, die Miethe u. ſ. w. iſt nichtig, denn er hat meine eigene Sache betroffen. Proceſſualiſch ward hier das Eigenthum weder in der Klage, noch im Urtheil ſichtbar, der Grundſatz der einen Frage war gerettet.[51])

Der obige Rechtsſatz gehört in meinen Augen zur Zahl derjenigen, mittelſt welcher das ältere Recht die Berückſichtigung eines weſentlichen Irrthums zu vermitteln verſuchte,[52]) die ſtillſchweigende Vorausſetzung deſſelben iſt Irrthum über das Eigenthum im Moment des Geſchäftsabſchluſſes. Darum ceſſirt die Berufung auf das Eigenthum, wenn daſſelbe erſt ſpäter entſtanden iſt,[53]) oder wenn die Contrahenten bei Abſchluß des Geſchäfts ſich darüber nicht in Unkenntniß befanden, in welchem Fall man ihre Intention

---

50) Auf die von mir (in der zweiten Aufl. meiner Abhandlung über den Grund des Beſitzesſchutzes S. 97 flg.) beſtrittene Natur des interdictum de precario als eines int. recuperandae possessionis gehe ich hier ſelbſtverſtändlich nicht weiter ein.

51) Als Form, in welcher der Incidentſtreit über das Eigenthum zum Austrag gebracht werden konnte, bot ſich die sponsio praejudicialis dar (Gaj. IV. §. 93: Si homo, quo de agitur, ex jure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?). Möglicherweiſe erfolgte die Erledigung des Präjudicialpunktes bereits vor der Conſtituirung des Judiciums über die perſönliche Klage, ſo daß je nach Ausfall des Vorverfahrens das Hauptverfahren entweder unterblieb oder zu Stande kam.

52) Zu dieſen Rechtsſätzen zähle ich auch den über den Einfluß der Präterition der sui auf die Gültigkeit des Teſtaments (wer um die Exiſtenz der sui weiß, kann ſie durch exheredatio nach älterm Recht einfach beſeitigen; wer dies unterlaſſen hat, von dem kann man annehmen, daß er gar nicht darum gewußt hat), das Erforderniß des Eigenthums des Teſtators beim Vindicationslegat (ſ. u.), der Exiſtenz der Schuld beim constitutum u. a.

53) Dies ergibt ſich aus dem unten (§. 53) bei der Theorie der Rechtsgeſchäfte zu entwickelnden Grundſatz, vermöge deſſen nur die bereits vorhandenen Momente bei Abſchluß des Rechtsgeſchäfts in Betracht gezogen wurden.

in einer Weiſe interpretirte, die ſich mit der Thatſache des Eigenthums vertrug.[54])

Daſſelbe Mittel, das die alten Juriſten in dieſem Fall zur Anwendung bringen, um dem Beklagten dem obligatoriſchen Anſpruch des Klägers gegenüber eine Berufung auf ſein *Eigenthum* zu ermöglichen, kehrt wieder, um in gewiſſen Fällen ganz daſſelbe in Bezug auf eine Gegenforderung zu erreichen; wie jener Fall uns den Conflict der *Obligation* mit dem *Eigenthum* repräſentirt, ſo dieſer den der *Obligation* mit der *Obligation*.

Es ſchien den alten Juriſten billig, dem Ehemann, der nach Auflöſung der Ehe die Dos herausgeben ſolle, ein Abzugsrecht wegen der von ihm aufgewandten *nothwendigen* Auslagen einzuräumen. Da die Gegenforderung des Mannes aus dem obigen Grunde in der Formel keinen Platz fand, ſo ward der Sache die Wendung gegeben, daß ſich die Forderung der Frau um den Betrag der Gegenforderung ipso jure vermindert habe. Auf dieſe Weiſe kam letztere *poſitiv* als ſolche im Proceß gar nicht zum Vorſchein, ſie wirkte nur *negativ* als Subtractionsfactor, indem ſie den Betrag der Klage von vornherein um den entſprechenden Antheil verringerte — der Conflict beider Forderungen vollzog ſich nicht in und durch, ſondern vor und außer dem Proceß, Gegenſtand des letzteren ward lediglich die ſchon vorher um die Gegenforderung verringerte Forderung der Klägerin.

Das iſt meiner Anſicht nach[55]) die urſprüngliche Bedeutung des Satzes, daß die nothwendigen Auslagen die Dos *ipso jure*

---

54) Indem man nämlich dem Eigenthum den Beſitz ſubſtituirt L. 34 §. 4 de cont. emt. (18. 1) . . . ut possessionem emat, L. 28 de poss. (41. 2) . . . specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae, L. 6 §. 4 de prec. (43. 26) cum possessionis rogetur, non proprietatis precarium.

55) Ich halte an derſelben auch fernerhin feſt; die abweichenden Ausführungen von *Bechmann* Dotalrecht II S. 267 fl., *Dernburg* Compenſation Aufl. 2 S. 105 fl., *Czyhlarz* Dotalrecht S. 277 fl. haben mich in Bezug auf die Zeit und die Proceßform, die ich im Auge habe, nicht überzeugt.

vermindern.[56]) Wäre dieses Abzugsrecht erst in späterer Zeit zugelassen worden, als die Exceptionen sich bereits völlig eingebürgert hatten, so würde es schwerlich in dieſe, sondern wahrscheinlich in dieselbe Form gebracht worden sein, die dem Abzugsrecht des Mannes wegen der nützlichen Verwendungen gegeben ist,[57]) nämlich in die des Retentionsrechts (exc. doli). Die Verschiedenheit der Form beider kommt meiner Ansicht nach lediglich auf Rechnung der Verschiedenheit ihrer Entstehungszeit und der damals herrschenden Proceßsysteme; vom praktischen Standpunkte aus könnte man beide als Anwendungsfälle des Retentionsrechts bezeichnen, wie dies die römischen Juristen in der That auch gethan haben.[58])

Das Genauere über die Art und Weise, wie jener Abzug formell in der Klagformel vermittelt wurde, ist uns nicht erhalten. Zur Zeit, als die Klagen mit einer intentio incerta (S. 22) aufgekommen waren, hatte die Sache gar keine Schwierigkeit; die Frau klagte mit der act. rei uxoriae auf „quantum aequius melius sit dari"; in dem „quantum" steckt bereits die Hindeutung auf die Verringerung der Dos durch die Gegenforderung. Allein zur Zeit, als noch das Princip der intentio certa existirte, und als es noch keine eigentliche Dotalklage gab, die Dos vielmehr nur auf Grund der über ihre Rückgabe abgeschlossenen Stipulationen (cautiones

56) Impensae necessariae dotem ipso jure minuunt; L. 5 §. 2 de pact. dot. (23. 4), L. 5 de imp. (25. 1), L. 1 §. 4 L. 2 §. 1 L. 5 de dot. prael. (33. 4). Die Erklärung, die man sonst von dieser Regel gibt (z. B. Dernburg Compensation S. 105 fl.), ist nicht sowohl eine Erklärung, als eine andere Fassung der Regel.

57) L. 7 §. 1 de imp. (25. 1) .. utiles non quidem ipso jure minuunt dotem.

58) Daß Justinian in §. 37 I. de act. (4. 6) dies thut („retentio concessa"), soll nicht schwer in die Wagschale fallen, wohl aber Ulp. VI, 9. 14 (retentio propter impensas), L. 56 §. 3 de J. D. (23. 3) .. retineatur und die vorige Note; ähnlich beim Pekulium (s. u.), für welches die L. 30 pr. de act. emt. (19. 1) das „ipso jure minutum esse peculium" und „retentionem habiturum" ebenfalls identificirt.

rei uxoriae) zurückgefordert werden konnte,[59]) mußte die Klage nicht unbeſtimmt auf ein „quantum“, ſondern auf das ganz beſtimmte Dotalobject und mithin, wenn letzteres in Geld beſtand, auf Geld gerichtet werden. Hier hätte alſo die Frau, wenn ſie ſich nicht einer plus-petitio und damit der Gefahr des Verluſtes des ganzen Proceſſes ausſetzen wollte, die Gegenforderung des Mannes auf Heller und Pfennig genau in Abzug bringen müſſen. Durfte man ihr dies zumuthen? Sie kannte weder den Betrag der Gegenforderung aus ſich ſelbſt, noch brauchte ſie denſelben dem Manne ohne Beweis zu glauben. Die Analogie des Argentarius (ſ. u.), der die Gegenforderung ganz genau kennen konnte und mußte, läßt ſich eben aus dem Grunde hier nicht heranziehen. Eben darauf beruht meines Erachtens der Zweck der von Gajus[60]) mitgetheilten Präjudicialklage über den Betrag der Dos. Einen verſtändigen Grund für die Nothwendigkeit dieſer Präjudicialklage ſoll man noch erſt angeben. In das Syſtem der intentio incerta paßt ſie abſolut nicht, denn hier ſteht ja der Ermittelung und Feſtſtellung des Betrags der Dos in dem Dotalproceß ſelber nichts im Wege, ſie weiſt alſo mit Nothwendigkeit auf das Syſtem der intentio certa hin. Wie will man ſie aber hier einfügen? Etwa ſo: die Frau hätte, ſei es ſofort nach Beſtellung und Auszahlung der Dos, ſei es ſpäter zu irgend einem beliebigen Zeitpunkt den Betrag der Dos richterlich feſtſtellen laſſen können? Aber wozu das? Konnte die Frau bei Gelegenheit der Präjudicialklage den Betrag nachweiſen, und dies mußte ſie ja, um den Richter zu überzeugen, ſo konnte ſie es auch bei Gelegenheit der Dotalklage. Wozu alſo dieſer anticipirte Beweis, für den der ältere Proceß ſonſt gar keine Parallele darbietet? Und wenn er für den Dotalanſpruch

59) A. Gellius N. A. IV, 3 datirt dieſelben von der Eheſcheidung des Carvilius Ruga (523 d. St.), zu dieſer Zeit aber ſtand meiner Anſicht nach das Princip der intentio certa noch in vollſter Blüthe.

60) Gaj. IV, 44: praejudicialibus formulis, qualis est, qua quaeritur . . . quanta dos sit. Die Erklärung, die O. Bülow de praejudic. form. (Breslau 1859) gibt, befriedigt mich nicht.

möglich war, warum nicht auch für jede andere Forderung? Kurz, jene Präjudicialklage hat gar keinen Sinn, wenn man sie auf die Forderung der Klägerin bezieht. Dagegen gewinnt sie eine ungeahnte Bedeutung, sowie man sie mit der Gegenforderung des Beklagten in Beziehung setzt; denn daß letztere, nachdem die Ehe geschieden war, und die Frau ihren Anspruch auf Rückgabe der Dos geltend machen wollte,[61] einen Gegenstand des Streits unter den Partheien abgeben konnte, und zwar nicht bloß die Frage über den Betrag der Verwendungen, sondern auch die über ihren Charakter als nothwendiger Auslagen[62] liegt ebensosehr auf der Hand, als daß man der Frau nicht zumuthen konnte, diese Frage in Form des gewöhnlichen Processes mit Gefahr der plus-petitio zur Entscheidung zu bringen, zu geschweigen des Falles, wo beide Partheien in Frieden und ohne Proceß die Sache erledigen wollten.[63] Daß die Formel der Klage, wenn Gajus sie sonst richtig mittheilt, nicht direct auf die Höhe der Impensen, sondern auf die der Dos lautete, wird als Gegengrund nicht angeführt werden dürfen; denn der Sache nach steckte in der einen Frage zugleich die andere,[64] und wir sind nicht in der Lage zu bestimmen, ob nicht mit der weitern Fassung noch andere Zwecke sich verbanden.[65]

---

61) Ich weiß nicht, wie Czyhlarz a. a. O. S. 280 dazu gekommen, mir die — allerdings keiner Widerlegung bedürftige — Ansicht zu imputiren, als hätte der Mann, sofort wenn er eine Auslage gemacht hatte, das obige praejudicium gefordert. Während der Ehe wußte man ja noch gar nicht, ob es zur Herausgabe der Dos kommen würde, das praejudicium hatte erst Sinn, wenn dies fest stand, und die Frau den Betrag und die Natur der von dem Manne liquidirten impensae necessariae nicht zugestand.

62) L. 15 de imp. (25. 1) . . . non tam facile in universum definiri possunt.

63) Ebenso, wenn es sich z. B. bei Gelegenheit der Collation der Dos um deren Höhe handelte L. 1 §. 5 de dot. coll. (37. 7) . . . impensarum necessariarum fit detractio.

64) Ebenso wird bei dem Streit über den Betrag der Quarta Falcidia die Frage nicht direct auf diesen Betrag, sondern auf den des Nachlasses gerichtet (s. u.).

65) Wenn der arbiter den Betrag der Verwendungen ermittelt hatte,

Diese so eben entwickelte Ansicht wird durch einen zweiten Conflictsfall in hohem Grade unterstützt, nämlich durch die Art, wie man bei dem Abzug der Quarta Falcidia verfuhr. Aehnlich wie von der Dos heißt es von den Legaten, daß sie durch das Falcidische Gesetz bis zu der dem Erben zuständigen Quart „ipso jure“ vermindert würden.[66] Auch hier handelte es sich um ein Abzugsrecht,[67] auch hier aber erhob sich im älteren Recht dieselbe Schwierigkeit der processualischen Gestaltung dieses Abzugsrechts. Da nämlich bei einer Ueberbürdung der Erbschaft mit Vermächtnissen letztere sich „ipso jure“ um ebenso viel verringerten, als die Quart des Erben betrug, so lag in der Einklagung derselben zum ganzen Betrage eine plus-petitio; wollte der Legatar sich dagegen wahren, so mußte er die Quart abziehen. Aber wie konnte er es? wie konnte man von ihm verlangen,[68] daß er den Stand des Nachlasses so

---

so konnte die Klägerin, bevor er erkannte: quanta sit dos, die Auslagen ersetzen und auf diese Weise sich die unverkürzte Restitution der ursprünglichen Dotalobjecte sichern, arg. L. 56 §. 3 de J. D. (23. 3) v. nisi impensa reddatur. Damit erledigen sich die Bedenken, welche Czyhlarz a. a. O. dem Fall entnommen hat, wenn die Dos nicht in Geld, sondern in andern Sachen bestand. Berichtigte die Frau nicht vor Erlaß des praejudicium die vom arbiter festgestellte Impensensumme, so ästimirte er die Sachen in Geld, zog den Betrag der Impensen ab und erkannte schließlich auf Geld. Wollte sie das vermeiden und die Sachen in natura wieder haben, so mochte sie die Impensen ersetzen, ganz so, wie es der Legatar im Fall der L. 5 §. 1 de exc. doli (44. 4) und der Vindicant in Bezug auf die Impensenforderung des Beklagten thun mußte, wenn er nicht wollte, daß es schließlich in der sententia zur Abschätzung der Sache in Geld und Aufrechnung der beiderseitigen Geldforderungen kommen sollte.

66) L. 73 §. 5 ad leg. Falc. (35. 2) . . pro rata portione per legem ipso jure minuuntur. L. 1 §. 5 quod legat. (43. 3).

67) Daher auch bei beiden dieselben Ausdrücke: deducere und deductio s. z. B. L. 15, 16 de imp. (25. 1) . . ex dote deduci . . ex dote deductionem. L. 80 pr. ad leg. Falc. (35. 2) Ulp. XXV, 14 . . quarta deducta; detrahere L. 1 §. 5 de dot. coll. (37. 7), L. 73 §. 5 ad leg. Falc. (35. 2). Ebenso bei dem Pekulium (s. u.) L. 11 §. 7 de pec. (15. 1) . . deducere . . . detrahere.

68) L. 76 §. 1 de R. V. (6. 1) . . justam enim habet ignorantiam legatarius . . quotam partem vindicare debeat.

genau kenne oder in Erfahrung bringe? Der Erbe selber war vielleicht noch gar nicht einmal in der Lage, darüber genaue Auskunft zu geben, oder er verweigerte sie in böser Absicht.

Es gab hier verschiedene Mittel,[69]) von denen ich des Zusammenhangs wegen nur der Präjudicialklage gedenke; es ward den Partheien ein Arbiter[70]) bestellt, welcher den Stand des Vermögens zu ermitteln hatte und durch seinen Ausspruch es dem Legatar ermöglichte, die Quart selber zu berechnen und dem entsprechend seine Klage auf so viel weniger zu richten.

Der Satz, daß der Anspruch des Klägers sich ipso jure um die Gegenforderung des Beklagten vermindere, oder, wie wir ihn fortan bezeichnen wollen, das *Retentions- und Compensationsrecht in seiner ältesten Gestalt*, wiederholt sich *drittens* auch beim *Pekulium*. Bekanntlich statuirt das römische Recht Naturalobligationen zwischen dem Hausherrn und den ihm untergebenen Personen. Wenn letztere sich in dem Besitz eines Pekuliums befinden, und der Herr auf Zahlung ihrer Schulden aus diesem ihrem Sondervermögen (actio de peculio) oder auf gesammte Ueberlassung desselben aus einem Legat oder einem andern Grunde in Anspruch genommen wird, so ist ihm verstattet, seine Forderungen in Abzug zu bringen. Auch hier aber kann die Gegenforderung der Einrichtung des alten Processes gemäß nicht als solche dem Anspruch des Klägers gegenüber gestellt werden, sondern sie kann wiederum nur negativ, als *Subtractionsfactor* zur Geltung gelangen; wie die Dos sich um so viel vermindert, als die nothwendigen Impensen, so das Pekulium um so viel, als die Forderungen des Herrn betragen.[71]) War die angestellte Klage

69) Die Vindicatio mit deductio (s. u.); sodann bei untheilbaren Gegenständen der in L. 80 §. 1 ad leg. Falc. (35. 2) und L. 5 §. 1 de doli exc. (44. 4) angegebene Weg.

70) L. 1 §. 6 si cui plus (35. 3) . . *arbiter* dari solet ad ineundam quantitatem bonorum. So erklärt sich L. 76 §. 1 de R. V. (6. 1) . . propter incertam detractionem ex legatis, quae vix apud *judicem* (d. h. nicht im judicium, sondern im *prae-judicium*) examinatur.

71) L. 30 pr. de act. emt. (19. 1) . . ipso jure . . minutum esse pe-

eine persönliche, so war die Sache ziemlich einfach. Der Kläger gab lediglich den Betrag *seiner* Forderung an, ohne daß ihm ein gleiches rücksichtlich der Höhe des Pekuliums obgelegen hätte;[72] er stellte vielmehr seinen Antrag nur unbestimmt auf Zahlung „bis zum Betrag des Pekuliums", es bedurfte mithin nicht, wie bei der Dos, erst eines Präjudicialverfahrens über diesen Betrag, sondern dieser Punkt erledigte sich von selbst bei Gelegenheit der Condemnation. Ungleich schwieriger aber stand die Sache, wenn die angestellte Klage eine dingliche war, also z. B. wenn der verstorbene Herr des Sklaven das Pekulium ihm selber oder irgend einem Andern in Vindicationsform legirt hatte. Der Legatar konnte hier seine Klage nicht auf den *Betrag* oder den *Werth* des Pekuliums im Ganzen richten, sondern er mußte die *einzelnen* Sachen vindiciren,[73] von *Sachen* aber lassen sich *Schulden* nicht abziehen, denn Eigenthum und Obligation sind irrationale Größen.[74] Der Behauptung des Klägers „die Sachen sind *mein*" konnte der Beklagte nicht entgegensetzen „ich habe eine *Forderung*", sondern sein Forderungsrecht mußte, wenn sonst das Abzugsrecht nicht verloren gehen sollte, in diesem Fall in eine *Eigenthumsquote* umschlagen, das Recht auf einen *Werth* sich zum Recht an der *Substanz* verdichten.[75] Damit waren Minuend und Subtra-

culium, L. 11 §. 7 de pec. (15. 1) . . non est in peculio, quod domino debetur, L. 9 §. 2 ibid. peculium deducto, quod domino debetur, computandum esse. Auf diese *juristische* Verminderung, Vermehrung und Aufhebung ist der Ausspruch in L. 40 pr. de pec. (15. 1): peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur zu beziehen. Das Gegenstück s. oben Note 31. Die Herbeiziehung des Begriffs der universitas juris (*Dernburg* Compensation S. 117 fl.) ist zur Erklärung unserer Regel meiner Ansicht nach weder nöthig, noch ausreichend.

72) L. 30 pr. de pec. (15. 1) . . intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio.

73) L. 56 de R. V. (6. 1) . . singulas res . . petet.

74) L. 5 pr. de imp. (25. 1) . . etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam. L. 26 §. 4 de cond. ind. (12. 6) non fit confusio partis rei cum pecunia.

75) Dieser Gegensatz ist in der in der vorigen Note citirten L. 5 pr. sehr klar erfaßt.

hend in gleichartige Größen verwandelt, und in demselben Verhältniß, wie sich der Betrag der Forderung des Beklagten zum Gesammtwerth des Pekuliums verhielt, bekam er Miteigenthum an jeder einzelnen Sache: das Recht des Klägers war also auch hier „ipso jure vermindert", auch hier trat das Recht des Beklagten ihm entgegen in der Form einer (partiellen) Negation.[76] Damit ergab sich aber für den Kläger wiederum derselbe Nothstand, wie oben für die Frau bei der Dos: er soll, wenn er sich nicht der Gefahr der plus-petitio aussetzen will, seine Klage nur auf das richten, was übrig bleibt, nachdem der Theil des Beklagten abgezogen ist, und doch kann er ihn nicht abziehen, weil er ihn nicht kennt. Wie hier helfen? Hier wäre ein Präjudicialverfahren ganz am Platz gewesen, und ob das frühere Recht sich dessen nicht wirklich bedient hat, bleibe dahin gestellt. Die römischen Juristen nennen uns zwei andere Mittel, die act. communi dividundo und die vindicatio incertae partis;[77] ob schon der ältere Proceß beide Klagen in Richtung auf einen unbestimmten Theil zugelassen habe, möchte ich bezweifeln.[78]

---

76) Es wird jetzt klar sein, was es heißt, wenn die römischen Juristen sagen: „singula corpora pro rata deminui debebunt" (L. 6 pr. de pec. leg. 33. 8) oder „si crediderit, id ipso jure detrahi et corpora singula per hoc aes alienum deminui" (L. 8 pr. ibid.). Derselbe Gesichtspunkt kehrt aus demselben Grunde bei der Quarta Falcidia wieder, L. 1 §. 5 quod leg. (43. 3) . . ipso jure remanet, et si corporaliter res in solidum translatae sunt und arg. L. 76 §. 1 de R. V. (6. 1), L. 8 §. 1 Comm. div. (10. 3). Hätte die Frau die Dos statt mit einer persönlichen Klage mit einer Vindication zurückfordern müssen, so würde Ulpians Ausführung in L. 5 pr. de imp. (25. 1) gerade entgegengesetzt gelautet haben.

77) L. 8 §. 1 Comm. div. (10. 3); es wird hier auch der Fall des Abzugs der Quarta Falcidia genannt, und er kehrt wieder in der L. 76 §. 1 de R. V. (6. 1).

78) Für die reiv. bedarf dieser Zweifel keiner Rechtfertigung, für die act. comm. div. stütze ich ihn darauf, daß nach dem Separationssystem der Klagen im alten Proceß (§. 51) diese Klage nicht zugleich eine Function haben konnte, für die es eine eigene Klage: die reivindicatio gab, nämlich das Eigenthum der Partheien festzustellen, s. darüber die Analogie der act. fam. ercisc. L. 1

Das Gemeinſame der Fälle, welche wir bisher betrachtet haben, beſteht darin, daß der Beklagte dem Kläger einen ſelbſtändigen Anſpruch gegenüber ſtellt, ohne daß derſelbe proceſſualiſch im Mindeſten ſichtbar wird, und ohne daß es zu dem Zweck eines beſondern Zuſchnitts der Klagformel bedarf; der Einwand hält ſich ganz innerhalb der Gränzen der Negation, und ſo wenig es ſonſt für Gründe, welche unter den Geſichtspunkt der Negation fallen, d. i. das Recht des Klägers ipso jure ausſchließen, eines beſonderen Vermerks in der Klagformel bedarf, ſo wenig hier.

Der Weg, den die Juriſten in dieſen Fällen eingeſchlagen haben: der einer Appretur des materiellen Rechts zu Gunſten proceſſualiſcher Zwecke oder, wenn ich ſo ſagen darf, einer in einen Rechtsſatz verſteckten Einrede wiederholt ſich noch in manchen andern Fällen, die nicht unter unſern Geſichtspunkt der Geltendmachung eines Gegenanſpruchs fallen. Wer dafür ein Auge hat, wird in manchen Sätzen des materiellen Rechts dieſen, ich möchte ſagen, proceſſualiſchen Zug nicht verkennen können. Die römiſchen Juriſten ſtellen als Erforderniß des Darlehns den Uebergang des Eigenthums auf.[79] Heißt das: Kläger hat dies Erforderniß zu behaupten und zu beweiſen? Ein Einfall, über den ich kein Wort zu verlieren brauche. Der Zweck des Erforderniſſes war vielmehr der, dem Beklagten einen Ipso-jure-Einwand offen zu halten, nämlich den, daß ihm der Darlehnsgegenſtand evincirt worden war, m. a. W. jenes in poſitiver Geſtalt ausgedrückte Erforderniß kam ähnlich wie das der bona fides oder der Uſucapionsfähigkeit der Sache bei der Uſucapion nur als Negation von Seiten des Beklagten und nur unter ganz beſondern Vorausſetzungen zur Sprache. Ohne jenen Satz hätte der Beklagte den Einwand nur in Form der exceptio, d. h. im älteren Recht gar nicht vorſchützen können — der Satz enthielt alſo in Form eines abſoluten, poſitiven

§. 2 si pars her. (5. 4) . . aut si controversiam sibi non faciunt hereditatis, familiae erciscundae.

79) L. 2 §. 4 de R. Cr. (12. 1) In mutui datione oportet dominum esse dantem.

Erforderniſſes des Thatbeſtandes den Stoff zu einer eventuellen Einrede. Ganz dieſelbe Bewandtniß hatte in meinen Augen das Erforderniß des Eigenthums des Teſtators am Object des Vindicationslegats.[80] Den Beweis dieſes Erforderniſſes dem Legatar aufbürden hätte geheißen, den Erfolg des Legats in den meiſten Fällen geradezu vereiteln und rückſichtlich des Beweiſes das natürliche Verhältniß zwiſchen Erben und Legatar völlig verkehren, denn wenn Beweismittel über das Eigenthum des Erblaſſers überhaupt exiſtirten, ſo befanden ſie ſich im Beſitz des Erben, nicht des Legatars; die Meinung, daß der Legatar den Beweis hätte führen müſſen, iſt in meinen Augen eine Gedankenloſigkeit, gegen die ich jedes weitere Wort für verloren halte.[81] Auch für dieſes Erforderniß bleibt als praktiſcher Zweck nur der übrig, daß es dem Erben den Stoff zu einer Einrede gegen die Gültigkeit des Legats hat geben ſollen, deren Grund ſelbſtverſtändlich er ſelber zu beweiſen hatte, z. B. daß die Sache ihm ſelber gehöre, oder daß der Teſtator ſpäter d. h. nach errichtetem Teſtament das Eigenthum auf einen Andern übertragen habe.[82] Daſſelbe Sachverhältniß wird ſich in manchen andern Fällen wiederholt haben.[83]

---

80) Gaj. II, 196. Ulp. XXIV, 7.

81) Gegen dieſe Idee ſ. auch das Zeugniß von Quintil. I. O. IV. 2 §. 6: satis est dixisse: . . . legatum peto ex testamento; diversae partis expositio est, cur ea non debeantur. Es war dies ein Fall, wo die Zweckmäßigkeit des Erforderniſſes der Angabe der beiderſeitigen causa bei der Vindication (ſ. u.) recht ſchlagend hervortritt. Denn da ſowohl der Legatar als der Erbe neben dem Legat bez. dem Erbrecht beiderſeits das Eigenthum des Teſtators als causa in Bezug nahmen, in letzterem Punkt alſo übereinſtimmten, ſo bedurfte es ſelbſtverſtändlich keines Beweiſes deſſelben.

82) Darum das Erforderniß des Eigenthums im Moment des Teſtaments und des Todes Gaj. II. 196. Unter dieſen Geſichtspunkt fiel gewiß auch eine ſpätere Verpfändung in Form der fiducia, während eine bereits fiduciirte Sache auch in Form des Vindicationslegats gültig legirt werden konnte, Gaj. II, 220.

83) In meiner Schrift über den Grund des Beſitzesſchutzes (Aufl. 2 S. 50 flg.) habe ich außer den obigen noch folgende namhaft gemacht: Eigenthum am ſtipulirenden Sklaven als Bedingung der Gültigkeit der Stipulation, Eigenthum an der geſtohlenen oder verletzten Sache bei der cond.

Der bisher geschilderte Weg war nicht überall anwendbar, er paßte nur für solche Fälle eines Zusammentreffens verschiedener Rechte, bei denen beide sich gegenseitig ganz oder theilweise vernichten. Dagegen war er ungeeignet für alle Fälle eines friedlichen Nebeneinanderbestehens beider. Mit dem Eigenthum des Klägers verträgt sich ein Nießbrauch in der Person des Beklagten, mit dem Miteigenthum des Einen dasselbe Rechtsverhältniß auf Seiten des Andern. Wenn man hier, wie es ja gar nicht zu umgehen war, dem Beklagten die Berufung auf sein Recht verstatten wollte, wie konnte das geschehen, ohne den Grundsatz der einen Frage zu verletzen? Das Recht des Einen läßt sich hier ja nicht unter den Gesichtspunkt einer Negation des gegnerischen bringen.

Die römischen Juristen haben auch diese Aufgabe trefflich zu lösen verstanden. Der Weg, den sie einschlagen, besteht in der entsprechenden Anpassung der Klage für die Zwecke der bestimmten in

---

furt. und der act. leg. Aquiliae, Sufficienz der Erbschaft für die hinterlassenen Legate. Es ist ein durch unsere heutige Beweistheorie veranlaßter weitverbreiteter Irrthum, als ob im römischen Proceß der Kläger stets die im Edict oder in der Formel bezeichneten Voraussetzungen seines Rechts hätte beweisen müssen. Aber wohin würde dies geführt haben! Man vergleiche einmal L. 1 §. 6 quod falso (27. 6) si id actor ignoravit, L. 1 pr. de his qui (9. 3): insciente domino, L. 7 §. 11 de Publ. (6. 2): qui bona fide emit, L. 1 pr. ibid.: non a domino, L. 16 §. 2 de pec. const. (13. 5): neque solvere; neque fecisse neque per actorem stetit. Gaj. IV, 47 dolo malo redditam non fuisse. Ganz dasselbe galt sicherlich auch von der Clausel der possessorischen Interdicte: nec vi, nec clam, nec precario (die also nicht, wie Rudorff zu Savigny Recht des Besitzes Aufl. 7 S. 691 annimmt, den Kläger zum Beweis des relativ fehlerfreien Besitzes verpflichtete). Den begangenen Fehler sieht man sich dann genöthigt durch Präsumtionen der bona fides u. s. w. wieder unschädlich zu machen. Ob das obige Verhältniß im Text nicht auch beim constitutum und bei der novatio hinsichtlich des Erfordernisses einer vorausgehenden Schuld anzunehmen ist, möchte ich keineswegs so schlechthin verneinen, wie dies Bruns, Zeitschr. f. R. G. I S. 73 thut, ich halte es vielmehr in Hinblick auf die übrigen, von mir beigebrachten Fälle für sehr wohl möglich, daß damit dem Beklagten nur ein Ipso-jure-Einwand hat gewährt werden sollen, derselbe nämlich, der sonst die Gestalt der exc. doli wegen mangelnder causa an sich trägt.

Aussicht genommenen Vertheidigung; der Kläger wird gezwungen, seinen eignen Anspruch in einer Weise zu formuliren, daß der des Beklagten ihm gegenüber unter den Gesichtspunkt der Negation fällt: die Klage kommt so zu sagen der Vertheidigung auf halbem Wege entgegen. Für gewisse Zwecke reicht dieser Weg nicht aus, und hier kommt es dann — sollen wir sagen mit Verläugnung des Grundsatzes der Negation oder des Grundsatzes, daß zwei Klagen nicht zu einem Proceß verbunden werden dürfen? — zu einem Proceß mit positiven Behauptungen beider Partheien: der Doppelklage.

Es ergeben sich daraus für die folgende Betrachtung drei processualische Formen, nämlich:

1) Klage mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts;
2) Substituirung einer Klagformel im Interesse des Beklagten an Stelle der vom Kläger gewählten;
3) Doppelklage.

1. Klage mit Vorbehalt des gegnerischen Rechts.

Zwei Anwendungsfälle derselben sind jedem Kenner der römischen Rechtsgeschichte aus Gajus[84]) zur Genüge bekannt, es sind dies die beiden Klagen des argentarius[85]) und des bonorum emtor; jener wird gezwungen, wie Gajus sich ausdrückt, (cogitur) cum compensatione agere, dieser (jubetur) cum deductione agere.[86]) Das Unterscheidende dieser beiden Fälle ist für uns hier ohne Werth und findet sich bei Gajus klar auseinander gesetzt, dagegen ist das, worin sie übereinstimmen, nämlich die

84) Gaj. IV. 64—68.

85) Sie ist oben S. 43 bereits erwähnt.

86) Wie die Compensation des spätern Rechts an diese Form anknüpft (Paulus S. R. II. 5 §. 3 . . compensare ac deducere debes, L. 4 L. 18 §. 1 L. 21 de comp. 16. 2) gehört nicht mehr hierher. Die zweite Klage im Text ist zwar prätorischen Ursprungs, allein ihr Zuschnitt ist ganz im Geist des ältern Processes.

Art, wie sie es erreichen, daß die Gegenforderung des Beklagten zu ihrem Recht gelangt, von um so höherm Interesse für uns. Es geschieht dies in derselben Weise, wie in unsern obigen Beispielen der Dos und des Pekuliums, nämlich durch *Subtraction*, nur daß letztere, die dort processualisch nicht als solche sichtbar, sondern nur in ihrer *Wirkung* fühlbar ward, hier in der Klagformel offen zu Tage tritt. Der Kläger fordert in derselben nämlich: „so viel, als ihm nach Abzug der Gegenforderung des Beklagten zukommt". Der Argentarius aber muß dabei die Gegenforderung und sein Saldo bis auf Heller und Pfennig genau angeben; versieht er sich darin, so verliert er den ganzen Proceß. Von ihm kann man mit Fug und Recht die exacteste Genauigkeit verlangen, denn Buch- und Rechnung-führen ist ja sein Geschäft, und dafür wird er bezahlt. In dem andern Fall hingegen ist der Kläger in den meisten Fällen gar nicht in der Lage, den Betrag der Gegenforderung zu kennen, und darum wird *ihm* auch die Angabe desselben gar nicht zugemuthet, die Ermittlung und Feststellung desselben vielmehr dem Processe überlassen. Hier wie dort erstreckt sich die processualische Verhandlung auch auf die Gegenforderung, allein der Grundsatz der Einheit der Frage ist formell dadurch gewahrt, daß dieselbe nicht als Gegenforderung der Forderung des Klägers *entgegen* tritt, so daß es sich um zwei selbständige Ansprüche handeln würde, sondern daß sie lediglich unter dem Gesichtspunkt einer Modalität der klägerischen Forderung erscheint, als ein für die *Höhe* derselben Ausschlag gebendes Moment, m. a. W. der Proceß dreht sich nicht um zwei Forderungen von 100 und von 20, sondern um eine einzige von 80.[87])

Die beiden von Gajus mitgetheilten Fälle waren schwerlich die einzigen, in denen diese eigenthümliche Art der Klagfassung zur Anwendung kam. Zwar für die persönlichen Klagen, also für den Conflict der Forderung mit der Gegenforderung, habe ich keinen

87) L. 21 de comp. (16. 2): ab initio minus ab eo petitur. Gaj. IV. 64 ab initio compensatione facta minus intendit sibi dari oportere.

Grund zu dieſer Behauptung,[88]) wohl aber für die dingliche Klage, namentlich den Conflict des Eigenthums mit dem Nießbrauch. Setzen wir den Fall, es hätte Jemand in ſeinem Teſtament ſeiner Wittwe den Nießbrauch, einer andern Perſon aber das Eigenthum an ſeinem Hauſe vermacht, die Gültigkeit dieſes letzteren Legats aber wäre in Frage gekommen, und der Berechtigte wollte die Frage zur gerichtlichen Entſcheidung bringen. Wie gegen jede andere Perſon, ſo ſtand ihm auch gegen die Wittwe die reivindicatio zu, allein während er jener gegenüber nicht nöthig hatte in ſeiner Klage des Umſtandes zu gedenken, daß ihm der Nießbrauch entzogen ſei, konnte er es dieſer Beklagten gegenüber nicht unterlaſſen, denn in ihr ſtand ihm ja gerade die Perſon gegenüber, welcher der Nießbrauch gehörte. Mochte er denſelben anerkennen oder beſtreiten — kurz ſo wie ihm das Mittel, ſein Eigenthum, ſo mußte ihr das Mittel gewährt werden, ihren Nießbrauch zur Anerkennung zu bringen. Dafür bot ſich ein ganz einfaches Mittel dar, nämlich die Form der reivind. mit dem Zuſatz deducto usufructu. Dieſe Formel iſt in Anwendung auf die freiwillige Gerichtsbarkeit bezeugt,[89]) und bei der Uebereinſtimmung zwiſchen den Formeln der freiwilligen und ſtreitigen Gerichtsbarkeit (II. 609) bei der nothwendigen Deckung, die auch rückſichtlich der Bezeichnung des Umfangs des Rechts bei Gelegenheit der Beſtellung und der Geltendmachung des Rechts Statt finden mußte,

88) Ob in Vat. fr. §. 108 . . deductis quintis singulorum liberorum nomine repetere posse eine Klage mit deductio gemeint iſt, wozu Ulp. VI. 4: quintis relictis . . ſtimmen würde, wird ſich ſchwer entſcheiden laſſen.

89) Die Formeln der mancipatio und in jure cessio mit deductio werden Vat. fr. §. 50 mitgetheilt. Von ihnen iſt namentlich die der in jure cessio als einer nachgebildeten Vindicatio (II. 534) beſonders wichtig: ajo hunc fundum meum esse deducto usufructu. Statt „deducto" kommen ähnlich wie bei den nothwendigen Impenſen der Dos (Note 67) auch retento (Vat. fr. §. 313) detracto (L. 36 §. 1 L. 54 de usufr. 7. 1, L. 19 de usu leg. 33. 2) vor, bei Gaj. II, 33 beide Ausdrücke: detrahere und deducere neben einander.

würde ſchon von vornherein die größte Wahrſcheinlichkeit dafür ſprechen, daß die Formel der in jure cessio deducto usufructu ſich bei der reivindicatio wiederholt habe. Dieſe Wahrſcheinlichkeit wird faſt zur Gewißheit, wenn man einerſeits das unläugbare praktiſche Bedürfniß einer ſolchen Klagformel und andererſeits die beiden oben mitgetheilten Fälle einer perſönlichen Klage mit ähnlichem Vorbehalt in Anſchlag bringt. [90])

Ob ſich mit der Zeit nicht noch andere Fälle einer ſolchen Klage mit deductio werden entdecken laſſen, darüber wäre es voreilig jetzt ſchon abzuſprechen; [91]) uns kann es genügen, daß wir dieſe Klage als eine beſtimmte Klagſpecies erkannt haben.

2. Subſtitution der Klagformel.

Wie wir ſo eben geſehen haben, ward der Kläger in den beiden oben (Note 86) genannten Fällen gezwungen, einen Vorbehalt zu Gunſten des Beklagten in die Klage aufzunehmen. Dieſer Zwang kehrt in verſtärktem Maße bei der jetzt zu betrachtenden Form wieder, er richtet ſich aber nicht dahin, daß der Kläger ſich eine einzelne Modification der Formel gefallen laſſe, ſondern daß er die von ihm beabſichtigte Klagformel völlig aufgebe und ſtatt deren eine andere wähle, die dem Beklagten für die Verfolgung des von ihm in Anſpruch genommenen Rechts den nöthigen Spielraum verſtattet. Die Klage kommt hier der Vertheidigung nicht mehr

---

90) Man wende mir nicht die exceptio rei ususfructus nomine traditae (L. 7 pr. usufr. quemadm. 7. 9) ein, denn dieſe exc. iſt ähnlich wie die exc. rei venditae et traditae auf den Fall zu beziehen, daß das intendirte Recht nicht wirklich beſtellt, ſondern die Sache nur zu dem Zweck übergeben war (daher „traditae"), kurz auf den ususfructus traditus, der „ipso jure" nicht als beſtehend galt. S. auch L. 16 si serv. (8. 5), welche bei einer bloß gekauften d. h. nicht in Form Rechtens beſtellten Prädialſervitut ebenfalls die exceptio zuläßt.

91) Gehört nicht L. 2 de R. V. (6. 1) hierher: at „detracto alieno" nihilominus gregem vindicaturus sit? Der Zuſatz: in restitutionem non veniunt aliena capita ſcheint ebenfalls dafür zu ſprechen.

bloß auf halbem Wege entgegen, sondern sie läßt sich ganz zu ihr hinab.

Dieser Klagezwang ist ein nothwendiges Complement des alten Processes, für den Beklagten ebenso unentbehrlich, wie für den Kläger in gewissen Fällen (S. 70—72) die Präjudicialklage;[91a] beide Einrichtungen geben den Partheien erst das nöthige Maß der freien Bewegung zurück, das ihnen sonst durch die Enge der Proceßformen entzogen sein würde.

Ueberzeugen wir uns davon an dem früher gesetzten Fall eines Rechtsstreits zwischen Eigenthümer und Usufructuar. Angenommen der Eigenthümer hätte einfach gegen letzteren die Vindication angestellt, der Beklagte aber sich auf sein ihm vom Kläger bestrittenes Recht berufen. Wäre hier dem Richter die gewöhnliche Frage im Vindicationsproceß gestellt worden: si paret rem actoris esse, so hätte er den Beklagten mit der Behauptung seines Nießbrauchs gar nicht hören dürfen, denn dieselbe enthält keine Negation des Eigenthums, selbst nicht eine partielle: „der Nießbrauch — lautet die Regel — ist kein Theil des Eigenthums".[92] Anderseits aber konnte man doch auch den Einwand des Beklagten nicht in die Formel aufnehmen, denn Eigenthum und Nießbrauch sind ebenso irrationale Größen und folglich in derselben Formel ebenso unverträglich mit einander, wie Eigenthum und Forderung (Note 74). Man half sich hier in der Weise, daß man eine Formel componirte, die gewissermaßen die Mitte zwischen den Rechten beider Partheien hielt, beiden sowohl die Behauptung

---

91a) Beispiele eines solchen Klagezwanges in den Justinianeischen Quellen s. in L. 7 §. 5 Comm. div. (10. 3), L. 1 §. 2 Si pars her. (5. 4), L. 3 §. 7 de hom. lib. (43. 49), und so wird auch L. 4 Uti poss. (43. 17) zu verstehen sein (Degenkolb, Platzrecht und Miethe S. 75 fl.); ein Beispiel aus dem englischen Proceß s. bei Gundermann, Engl. Privatrecht I S. 339.

92) L. 25 pr. de V. S. (50. 16). Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter, nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse.

des eigenen als die Beſtreitung des gegneriſchen Rechts verſtattete.[93] Es iſt dies die act. negatoria. Der Kläger behauptet dem Beklagten gegenüber: jus tibi non esse me invito utendi fruendi; als Negation dieſer Behauptung iſt damit dem Beklagten die Entgegnung freigeſtellt: jus mihi esse te invito utendi fruendi.[94] Der Grundſatz der Negation iſt demnach vollkommen aufrecht erhalten, und nur die Anwendung hat etwas Ueberraſchendes, weil dadurch die logiſche Form der Behauptungen beider Partheien ſich geradezu umkehrt, dem Beklagten die poſitive, dem Kläger die negative Form in den Mund gelegt wird. Die Behauptung des klägeriſchen Eigenthums iſt etwas verſteckt, ſie liegt in dem: meinvito,[95] denn nur der wahre Eigenthümer hat das Recht, dem angeblichen Uſufructuar die fernere Benutzung der Sache zu unterſagen. Dieſer Zuſatz war daher höchſt weſentlich, denn ohne ihn hätte jeder Nichteigenthümer mit demſelben Erfolg wie der Eigenthümer gegen den Uſufructuar die act. negatoria erheben, d. h. die Alternative ſtellen können, entweder ſein Recht zu beweiſen oder die Aberkennung deſſelben zu

93) Es ergibt ſich daraus, daß es vom Standpunkt des reinen römiſchen Rechts aus nicht richtig iſt, wenn man im vermeintlichen Gegenſatz zu der durch die reivindic. aufzuhebenden totalen Verletzung des Eigenthums die Vorausſetzung der act. neg. in eine partielle Verletzung deſſelben ſetzt; wer dem Eigenthümer wegen eines ihm angeblich zuſtehenden ususfructus die Sache vorenthält, verletzt das Eigenthum gewiß nicht minder total, als jeder andere Beſitzer.

94) Wenn der Uſufructuar oder allgemein geſprochen der Servitutberechtigte ſich zur Klage genöthigt ſieht (act. contraria L. 8 pr. si serv. 8. 5 oder confessoria), ſo dreht ſich das Verhältniß zwiſchen beiden Formeln um, der Kläger bedient ſich der poſitiven, der Beklagte der negativen Faſſung. Nur bei den negativen Servituten, die dem Servitutberechtigten das Recht geben, dem Gegner eine beſtimmte Art der Benutzung ſeines Eigenthums z. B. das Höherbauen zu unterſagen, kann der Kläger, ſtatt ſeine Klage poſitiv auf ſein jus prohibendi zu ſtellen (act. prohibitoria), ſie auch negatoriſch faſſen; was dieſe Doppelfaſſung nothwendig machte, und an welche Vorausſetzung ſie geknüpft war, iſt zur Zeit noch nicht ermittelt.

95) H. Witte in der Zeitſchr. für Civilr. und Proceß. Neue Folge. B. 13 S. 386.

gewärtigen.[96]) Dagegen war er bei der act. confessoria nicht erforderlich,[97]) denn dieſe Klage kann nicht bloß gegen den Eigen-

96) Der Zuſatz iſt für den Uſusfructus bezeugt durch Ulpian in L. 5 pr. si ususfr. (7. 6), für andere Servituten durch manche Stellen, z. B. L. 4 §. 7 L. 6 pr. si serv. (8. 5), L. 17 Comm. praed. (8. 4), L. 15 de O. N. N. (39. 1). Wenn er anderwärts von den römiſchen Juriſten ausgelaſſen wird und darnach auch in §. 2 I. de act. (4. 6), ſo wird wohl Niemand darüber in Zweifel ſein können, wo die genauere Faſſung zu ſuchen iſt. Theophilus IV, 6 §. 2 erſetzt ihn durch das Pronomen poſſeſſivum: aedibus meis, per agrum meum, das er ganz verkehrterweiſe (ſ. u.) auch für die act. confess. gebraucht. Die Baſiliken (XVI, 6. 5) laſſen ihn bei Uebertragung der L. 5 cit. aus, dagegen wird er von Stephanus in dem von Zachariä von Lingenthal (Zeitſchr. für geſch. R. W. XII S. 260 flg.) mitgetheilten Scholium ſehr betont: „indem der Kläger ſich jener Formel bedient, heißt es hier, gibt er ſich damit als Eigenthümer zu erkennen". In eigenthümlicher Weiſe conſtruirt Keller (Röm. Civilproc. §. 15) die Formel der act. negatoria für den Legis-Actionen-Proceß „nego tibi jus esse (eundi) utendi fruendi fundo Corneliano" — ihr zufolge hätte auch der Nichteigenthümer des fundus Corn. die Klage mit Erfolg anſtellen können, denn das Erforderniß des Eigenthums iſt in dieſer Formel mit Nichts angedeutet! Den entgegengeſetzten Fehler begeht Rudorff (R. Rechts-G. II S. 132) bei ſeiner Reconſtruction der Formel der act. confessoria im L.-A.-Proceß „ajo mihi jus esse utendi fruendi fundo tuo" — dieſe Klage hätte bloß gegen den Eigenthümer des dienenden Grundſtücks gerichtet werden dürfen, und der Kläger hätte das Eigenthum des Beklagten beweiſen müſſen — — zwei neue Belege für mein früher (II. 604) ausgeſprochenes Urtheil über das Mißliche einer Reconſtruction römiſcher Formeln.

97) Wer die Servitut hat, hat ſie in rem, ſchlechthin, und daraus ergibt ſich, daß die Betonung des dem beſtimmten Beklagten fehlenden Prohibitionsrechts („te invito") völlig überflüſſig iſt. Nur in dem Fall, wenn Jemand in confeſſoriſcher Faſſung die Nichtexiſtenz einer von dem Beklagten in Anſpruch genommenen negativen Servitut z. B. der servitus altius non tollendi erſtreiten wollte (materiell die Negatorienklage auf Freiheit ſeines Eigenthums dieſem beſtimmten Beklagten gegenüber) war der Zuſatz nicht zu entbehren. Denn angenommen, der Kläger ſchuldete zwar nicht dem Beklagten, wohl aber einem andern die Servitut, ſo hätte er durch abſolute Behauptung ihrer Nichtexiſtenz zu viel behauptet, alſo den Proceß verlieren müſſen. Der Zuſatz „te invito" gab der Behauptung die erforderliche Relativität L. 4 §. 7 L. 16 pr. si serv. (8. 5). . . licet enim serviant aedes meae, ei tamen, cum quo agitur, non serviunt. Auch wenn der Gegner confeſſoriſch klagen wollte, durfte er nicht fehlen, denn ſonſt hätte der Beklagte ihn nicht in ſeine

thümer, in deſſen Perſon dieſe Worte allein einen Sinn haben, ſondern gegen jeden angeſtellt werden.

Das bisher Geſagte litt auf die Prädialſervituten keine Anwendung, da ſie nicht mit dem Beſitz der Sache verbunden ſind; ihnen gegenüber war die reivindicatio gar nicht denkbar, der Eigenthümer vielmehr von vornherein auf die act. negatoria angewieſen. Dagegen würden die Innehaber eines Fauſtpfandes, einer Superficies oder Emphyteuſis, wenn ſchon das ältere Recht dieſe Verhältniſſe als jura in re gekannt hätte, nur in derſelben Weiſe ſich auf ihr Recht haben berufen können und folglich auch bei klagweiſer Verfolgung daſſelbe mittelſt einer act. confessoria habe verfolgen müſſen, denn beides bedingte ſich gegenſeitig. [98]) Eben daraus, daß dies nicht der Fall, der Einwand hier nicht die Form der Negation, ſondern der Exception an ſich trägt, [98a]) geht hervor, daß dieſe Rechte ſpätern Urſprungs ſind.

Ein anderes Beiſpiel des Klagezwangs bietet das Verhältniß des Erben dar, der gegen die Beſitzer erbſchaftlicher Gegenſtände auf Herausgabe derſelben dringt. Es ſtehen ihm zu dem Zweck zwei Mittel zu Gebote: die reivindicatio und hereditatis petitio; aber welches von beiden zu wählen iſt, darüber entſcheidet nicht ſein Wille, ſondern die Vertheidigung des Beklagten. Setzt letzterer nämlich der Behauptung des klägeriſchen Eigenthums die des eigenen Erbrechts entgegen, ſo wird der Kläger angehalten, ſeinen Anſpruch in Form der hereditatis petitio zu verfolgen, [98b])

Verneinung aufnehmen dürfen, da Klage und Negation gleichlautend ſein mußten, Comm. praed. L. 17 (8. 4). Wo aber dieſe Relativität bereits im Inhalt der Servitut lag (z. B. zu gehen über dieſes Grundſtück) bedurfte es dieſes Zuſatzes weder bei der act. confess. noch bei der negatoria, ſ. z. B. L. 9 pr. L. 11, 12, 13, 14 §. 1 ibid., jedoch findet er ſich auch hier ſ. z. B. L. 17 pr. §. 1 ibid.

98) L. 8 §. 5 si serv. (8. 5) verb. ergo per contrarium agi poterit: jus esse.

98a) L. 1 §. 4 de superf. (43. 18).

98b) Dazu dient im Formularproceß die exceptio quod praejudicium hereditati non fiat. Bülow, Die Lehre von den Proceßeinreden, S. 213.

um dadurch dem Beklagten die Möglichkeit zu gewähren, seinen Einwand in die Gestalt einer Negation der Klage zu bringen. In dem entgegengesetzten Fall, wenn der Kläger Erbrecht, der Beklagte Eigenthum beansprucht, muß jener zur reivindicatio greifen.[99] Um zu constatiren, worauf der Beklagte seine Vertheidigung stützen will, wird er bei Beginn des Processes gefragt, wie er besitze. Antwortet er: „als Erbe" oder verweigert er die Auskunft, oder schützt er einen Eigenthumstitel vor, dessen Unwahrheit oder Nichtigkeit der Kläger sich darzuthun getraut,[100] so wird die her. pet. gegen ihn angestellt, entgegengesetzten Falls kommt es zur reivindicatio.[101]

Eine besonders interessante Gestalt nimmt das Verhältniß an, wenn Obligation und Erbrecht in Conflict miteinander gerathen. Dies ist der Fall, wenn einer der erbschaftlichen Schuldner der gegen ihn erhobenen persönlichen Klage die Behauptung des eigenen Erbrechts entgegenstellen will. Auch hier muß der Kläger, um ihm dies zu ermöglichen, zur hered. petitio greifen,[102] und zwar wird der Sache die Wendung gegeben, daß der Beklagte, wenn auch kein Stück, so doch ein Recht (die Forderung) als Erbprätendent in Besitz genommen habe (juris possessor). Wie sehr die Form dieser Klage durch die Rücksicht auf die Vertheidigung des Beklagten bestimmt ist, geht aus den Stellen der Note 102 hervor, denen zufolge der Proceß in dem Fall, wenn der Beklagte, ohne sich selbst ein Erbrecht anzumaßen, bloß das des

---

99) Hier hat der Kläger einen ungleich schwierigeren Beweis zu führen; zu dem seines Erbrechts gesellt sich nämlich noch der des Eigenthums seines Erblassers hinzu.

100) Dies folgt aus L. 13 §. 1 de her. pet. (5. 3): omnibus titulis hic pro possessore haeret etc. und den beigefügten Beispielen.

101) L. 16 §. 7 ibid.

102) L. 13 §. 15 L. 42 de her. pet. (5. 3), L. 10 i. f. si pars her. (5. 4). Ganz schlagend ist namentlich die zweite Stelle: si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem, sed quod neget aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur petitione hereditatis.

Klägers beſtreitet, nicht in die Form der Erbſchaftsklage gewieſen werden ſoll.

Die bisher entwickelte Idee des Klagzwangs muß gefaßt darauf ſein auf Widerſpruch zu ſtoßen, namentlich bei allen denen, welche glauben, der Legis-Actionen-Proceß habe ſofort mit dem Ausſprechen der Formel der Legis Actio begonnen. Es kann kaum etwas Verkehrteres geben, als eine ſolche Vorſtellung!

In derſelben Weiſe wie im Formularproceß ging auch im Legis-Actionen-Proceß eine längere formloſe Verhandlung, worin beide Partheien den Stand der Sache erzählten, der formellen Conſtituirung und Fixirung der Streitſache in Geſtalt der Legis Actio voraus. Für die reivindicatio ergibt ſich dies aus dem Formular derſelben, in welchem der Kläger rückſichtlich der Cauſa ſeines angeblichen Eigenthums auf vorangegangene Aeußerungen Bezug nimmt, [103]) und der Prozeß der Virginia gewährt uns dafür ein intereſſantes Beiſpiel. Das Erſte, womit dieſer Proceß beginnt,

103) Gaj. IV. 16.. meum esse ajo secundum suam causam, sicut dixi, ebenſo Val. Prob. de notis ant. §. 4. Der Punkt iſt bekanntlich außerordentlich beſtritten; aus jüngſter Zeit nenne ich Karlowa Beiträge zur Geſch. des R. Civilproceſſes S. 12—16 („causa" ſei auf die in der Vorverhandlung vorangegangene genauere Beſchreibung des Gegenſtandes zu beziehen) und Bülow a. a. O. S. 202 („sicut dixi" beziehe ſich auf die unmittelbar vorher geſprochenen Worte). Das von mir im Text in Bezug genommene Argument, welches der Proceß über die Virginia gewährt, iſt bisher noch nicht widerlegt, ja nicht einmal berückſichtigt. Daß dem Ausſprechen der Formel der legis act. Verhandlungen vorausgehen mußten, um den unerläßlichen Einfluß, den der Prätor auf die Wahl der richtigen Klage auszuüben hatte, zu ermöglichen, glaube ich im Text nachgewieſen zu haben. Daß dieſe Verhandlungen einen beſtimmenden Einfluß auf den Proceß ausübten, daß alſo ein Beklagter, der z. B. auf die interrogatio in jure eine beſtimmte Antwort ertheilt hatte, ſich hinterher nicht damit ausreden konnte: „der Legisactionenproceß beginne erſt mit dem Ausſprechen der Formel, alles, was vorher geſprochen, ſei für nichts zu achten, oder wenn es in Betracht kommen ſolle, müſſe es in die Formel aufgenommen werden" — das, meine ich, ſollte man doch nicht erſt nöthig haben zu ſagen. Mußte etwa auch bei der Aufrufung der Zeugen der Litis contestatio alles, was dieſelben bisher gehört hatten, in der Formel des Aufrufs wiederholt werden?

ist die Erzählung des Vindicanten, daß und warum die Virginia ihm gehöre, [104]) und erst nach längerer Verhandlung von beiden Seiten [105]) kommt es zur eigentlichen solennen Vindication. [106]) Für die persönliche Klage ist uns zwar ein solcher positiver Anhaltspunkt nicht gegeben, allein es ist kein Grund abzusehen, warum die vorangehende formlose Verhandlung bei ihr leichter hätte entbehrt werden können, als bei der Vindication. [107])

Für den Formularproceß ist die Sache außer Zweifel, [108]) und ich brauche wohl nicht erst auszuführen, daß und warum man von ihm auf die frühere Form des Processes schließen darf.

Eine größere Berechtigung gestehe ich einem andern Einwurf zu, [109]) nämlich dem, daß die Stellung, die der Prätor im ältern Proceß einnahm (II. 692), zu jenem selbständigen Eingreifen, wie meine Ansicht es ihm zumuthet, durchaus nicht passe. Allein verdient dieses Eingreifen in Wirklichkeit den Namen eines selbständigen, ist dem Belieben und individuellen Ermessen des Prätors hier etwa ein größerer Spielraum geöffnet, als bei irgend einer andern Procedur des Processes? Wenn der Beklagte der reivindicatio den Einwand des Nießbrauchs oder Erbrechts entgegensetzt, so ist es für den Prätor ein ebensolches Muß, daß er statt des Vindica-

---

104) Liv. III. c. 44.

105) Liv. III. 46.

106) Ein anderer der Ertheilung der Vindicien entnommener Grund wird unten vorkommen.

107) Bedurfte es ja nicht selten erst einer interrogatio in jure, um überhaupt zu bestimmen, ob und welche Klage anzustellen war; s. z. B. L. 23 §. 10 ad leg. Aq. (9. 2).

108) Wenn es dafür einer einzelnen Stelle bedürfte, so diene dazu: Cicero orat. part. c. 28: Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, quum aut sitne actio illi qui agit aut jamne sit aut num jam esse desierit aut illane lege, hisve verbis sit actio quaeritur.

109) Wer auf solche Aeußerungen überhaupt ein Gewicht legt, könnte die von Cicero pro Caec. c. 3 §. 8 praetor is, qui judicia dat, nunquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit gegen mich benutzen; man vergleiche dagegen Note 91a.

tionsprocesses die Negatorienklage oder den Erbschaftsproceß einleitet, als daß er im Vindicationsproceß dem Scheinkampf Einhalt gebietet oder die Vindicien ertheilt, und wenn ich der Sache den Ausdruck gegeben habe: der Kläger werde gezwungen[110]) sich einer andern Klagformel zu bedienen, so ist dieser Zwang wiederum kein anderer, als wenn der Kläger sich im Formularproceß die exceptio gefallen lassen muß. Nur wer noch an dem obigen Irrthum hängt, als sei der Kläger sofort vor dem Prätor mit einer legis actio aufgetreten, die, einmal gesprochen, sich natürlich hinterher nicht mehr ändern ließ, wird meine Ansicht für unmöglich erklären müssen; allein ich meinerseits gebe jenen Vorwurf der Unmöglichkeit zurück und glaube, daß es sich gerade bei der gegenwärtigen Frage so recht schlagend zeigt, wie das ganze alte Proceßsystem nur möglich war, wenn wir annehmen daß die solenne Fixirung der Klage in Form der legis actio das Resultat vorausgegangener Verhandlungen war, bei denen sich herausgestellt hatte, was streitig, was zugegeben war, und in welcher Richtung sich mithin der Proceß zu bewegen habe.

3. Die Doppelklage.

Diese Klagform bezeichnet in meinen Augen den höchsten Elevationspunkt des alten Processes oder richtiger den Punkt, wo er über sich selbst, über den Grundsatz der einen Frage und der bloßen Negation hinausgeht.

Das neuere Recht nennt uns zwei Klassen von Doppelklagen: die Theilungsklagen und die interd. retinendae possessionis[111])

---

110) Mit Verwendung desselben Ausdrucks, dessen sich Gajus bei der Klage des Argentarius und Bonorum emptor bedient, Note 86.

111) L. 10 fin. reg. (10. 1), L. 2 §. 1 Comm. div. (10. 3.) — L. 37 §. 1 de O. et A. (44. 7), L. 2 pr. de interd (43. 1). Neuerdings ist die systematische Berechtigung dieses Begriffs von Eck, Die sogenannten doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts. Berlin 1870 bestritten worden; vom Standpunkt des römischen Processes aus meines Erachtens mit Unrecht. Wenn er die Doppelklage durch Klage und Widerklage ersetzen will, so kann man auch die zweiseitigen Obligationen in zwei einseitige

und setzt das Eigenthümliche darein, daß jeder von beiden Theilen die Rolle des Klägers und Beklagten in sich vereinige.[112]) Schärfer kann man diese Eigenthümlichkeit so ausdrücken, daß zwei denselben Gegenstand, dasselbe Verhältniß betreffende Processe unter denselben Partheien und mit Kreuzung der Partheistellung zu einem Proceß vereinigt sind, daher judicium duplex oder actio mixta. Jeder von beiden Theilen ist rücksichtlich dessen, was er begehrt, Kläger, rücksichtlich dessen, was von ihm begehrt wird, Beklagter.[113])

Im ältern Proceß gehörte zur Klasse dieser Klagen auch die Vindication, wenigstens wenn sonst das angegebene Kriterium, daß jeder der streitenden Theile mit einer positiven Behauptung, einem selbständigen Anspruch auftritt, richtig ist. Während nämlich den Regeln des gewöhnlichen Processes gemäß der Beklagte der Behauptung des Klägers: „daß die Sache sein sei", nur die: „daß sie nicht sein sei", hätte entgegenstellen dürfen, lautete die Erwiderung in Wirklichkeit positiv: „daß sie dem Beklagten gehöre".[114]) Aller-

---

auflösen, aber was dabei verloren geht, ist die Einheit beider, die nicht so gleichgültig ist, wie der Verf. anzunehmen scheint.

112) L. 10 cit. L. 44 §. 4 fam. erc. (10. 2) und Gaj. IV. 160. Wenn Gajus sich außerdem noch so ausdrückt: par utriusque litigatoris in his conditio est nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur, so ist dies ganz geeignet, den einfachen, klaren Gesichtspunkt zu verwischen und der Ansicht Raum zu geben, als greife der Gegensatz der Partheirollen bei diesen Klagen gar nicht Platz (eine ähnliche Aeußerung von ihm s. in L. 13 de jud. (5. 1), während der Gegensatz umgekehrt verdoppelt ist.

113) L. 15 §. 1 de procur. (3. 3), L. 4 pr. de tut. (26. 1).

114) Gaj. IV. 16. S. auch IV. 116: cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est. Plaut. Rud. IV. 3, 86 Hunc meum esse dico. Trach: et ego item esse ajo meum. Daran hält auch Cic. pro Murena c. 12 bei seinem Abkürzungsvorschlag der hergebrachten Formel fest, denn er legt dem Beklagten nicht die nackte Negation: tuus non est, sondern den positiven Widerspruch: immo meus est in den Mund. Anders ad famil. VII. 32: „ut sacramento contendas, mea non esse". Die Worte müßten aus dem Munde eines Juristen kommen, um uns glauben zu machen, daß der Uebergang des judicium duplex bei der Vindication in ein simplex nicht erst, was alle innere Wahrscheinlichkeit für sich hat, im Formularproceß, sondern

dings lag auch in der letzten Behauptung eine Negation des klägerischen Eigenthums, allein eine Bestreitung in positiver Gestalt, eine Behauptung, die nicht schon wie bei den beiden bisher betrachteten Klagformen in der Klage selbst vorgesehen war. Während der Richter bei allen andern Processen (judicia simplicia) nur auf Existenz oder Nichtexistenz des klägerischen Anspruchs erkennen konnte, ward er durch diese Form der Doppelklage in Stand gesetzt, in derselben Weise auch über den des Beklagten seinen Ausspruch zu thun. Daß damit die Möglichkeit, beide Fragen negativ zu beantworten, abgeschnitten gewesen sei, wäre von vornherein kaum zu glauben, denn unmöglich konnte man dem Richter zumuthen, wenn er sich überzeugte, daß keiner von beiden Eigenthümer war, das Gegentheil zu erklären;[114a]) es wird unten für einen speciellen Anwendungsfall der Vindication die hier in Frage gestellte Möglichkeit der negativen Beantwortung beider Fragen für den Formularproceß aus den Quellen nachgewiesen werden. Nun ist richtig, daß die von Manchen und auch von mir angenommene Urtheilsform des Sacramentsprocesses: sacramentum Titii justum oder injustum videri den directen Ausspruch des Richters, daß keiner von beiden Theilen Eigenthümer sei, ausschloß. Allein wenn man ihm sonst nicht verwehren wollte, seine Ueberzeugung zum Ausdruck zu bringen, so fand sich die Form dafür ganz leicht: der Richter brauchte nur das sacramentum einer jeden Parthei für

---

schon im Sacramentsproceß erfolgt sei. — Die altrömische Gestalt des Vindicationsprocesses wiederholt sich übrigens auch in andern Rechten z. B. im altdeutschen, Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen der sächsischen Rechtsquellen, Königsberg 1869 S. 156, im dänischen (s. Note 129a), im englischen (s. Note 129d).

114a) Dies nimmt Eck a. a. O. 16 fl. an. Aber ist es nöthig, daß „mindestens eine Parthei zuletzt im redlichen Besitz gewesen sein mußte"? Angenommen, jeder von beiden Theilen beweist, daß der andere die Sache gestohlen hat, soll der Richter hier genöthigt werden positiv zu erkennen, daß der eine von beiden Eigenthümer gewesen sei? Ob er dies mittelbar in der Form thut: sacramentum Titii justum videri, ist gleichgültig, der Sache nach hat er ihn damit als Eigenthümer anerkannt.

injustum zu erklären, was ja, da beide als Kläger aufgetreten waren, durchaus keinen Widerſpruch in ſich ſchloß; der Staat zog von beiden das sacramentum ein,[114b]) und wer den Beſitz hatte, behielt ihn.[115])

Es war eine ganz richtige Erfaſſung des Verhältniſſes, wenn

114b) Bei einem judic. simplex konnte allerdings ſtets nur das sacram. des einen Theils verfallen, allein da bei einem judic. duplex die Möglichkeit beſtand, daß beide Theile mit ihren Klagen abgewieſen wurden, ſo war der Staat in ſeinem Recht, in dieſem Fall von beiden das Succumbenzgeld einzuziehen. Varro de L. L. V. 180: qui judicio vicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, victi ad aerarium redibat ſteht nicht im Wege, denn bei dem vorausgeſetzten Ausgang des Doppelproceſſes war Niemand da: qui judicio vicerat.

115) Die Einwendungen von Eck a. a. O. S. 12 fl. haben mich beſtimmt, meine in der erſten Aufl. ausgeſprochene Anſicht, der zufolge der Contravindicant bei Mißlingen des beiderſeitigen Beweiſes mit ganz anderm Maße gemeſſen worden wäre, als der Vindicant, in der obigen Weiſe zu modificiren. Die volle Conſequenz des Doppelproceſſes verlangte gleiche Behandlung beider Partheien ſowohl was die Beweislaſt, als die Folgen des mißlungenen Beweiſes anbetrifft, und Eck hat Recht, wenn er mir den Vorwurf macht, daß ich bei meiner frühern Darſtellung dem urſprünglichen Beſitzverhältniß der Partheien (das ja möglicherweiſe völlig unklar ſein konnte, und über welches auch die Vindicienertheilung unſerer beiderſeitigen Anſicht zufolge keine Entſcheidung enthielt) einen Einfluß eingeräumt habe, den daſſelbe im Formularproceß, wo es durch die poſſeſſoriſchen Interdicte zur rechtlichen Feſtſtellung gelangen konnte, allerdings ausübte, der aber zum Sacramentsproceß nicht paßte. Die Möglichkeit, daß der Beſitzer der Sache, um ſich der Angriffe des Gegners zu erwehren, die vindicatio anſtellte, dem Nichtbeſitzer alſo die Rolle des Contravindicanten zufiel, iſt durch den alten Proceß keineswegs ausgeſchloſſen (für das germaniſche Recht bezeugt ſie Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den ſächſiſchen Rechtsquellen S. 157). Die vindic. erſetzte hier die meiner Anſicht nach damals noch fehlenden poſſeſſoriſchen Interdicte, ſie vereinigte drei Rechtsmittel des ſpäteren Rechts in ſich: die reiv., Publiciana (ſ. u.) und die poſſeſſoriſchen Interdicte. So wenig aber das urſprüngliche Beſitzverhältniß auf die nach der Natur des Doppelproceſſes beiden Partheien gleichmäßig obliegende Beweislaſt influirte, eben ſo wenig die erſt nach Anhängigmachung des Proceſſes erfolgende Vindicienertheilung (ſ. u.), und die einzige Wirkung, die ich letzterer zuerkennen kann, beſteht darin, daß in dem oben vorausgeſetzten Fall, der aber freilich ſelten genug vorkommen mochte, wenn nämlich beide Partheien ſich als völlig unberechtigt erwieſen hatten, derjenige von beiden, der die Vindicien erhalten hatte, die Sache behielt.

man dem Beklagten, der hier wirklich als Kläger auftrat, bei der ſolennen Einleitung des Proceſſes auch ganz dieſelben Handlungen auferlegte, die der Kläger zu vollziehen hatte. Wie dieſer, ſo hat auch er zu vindiciren (contravindicare),[116] ſo wird auch er nach der causa ſeines Eigenthums gefragt, ſo ruft auch er ihn aufs Grundſtück hinaus,[117] ſo werden beide gleichmäßig vom Prätor zur Ruhe verwieſen, ſo kann letzterer dem einen oder andern von ihnen die Vindication geben — kurz dieſelbe Duplicität, die in moderner Form im interdictum uti possidetis wiederkehrt, findet ſich bereits im älteſten Vindicationsproceß aufs vollſtändigſte durchgeführt.

Was mag nun zu dieſer eigenthümlichen Geſtaltung des Vindicationsproceſſes Veranlaſſung gegeben haben? Daß es die Rückſicht auf die Vertheidigung des Beklagten geweſen, wird von vornherein vermuthet werden dürfen. Man verſtatte mir, zum Zweck der Beantwortung dieſer Frage zunächſt von dem einfacheren Verhältniß der Vindication von Sachen abzuſehen und einen complicirteren Anwendungsfall ins Auge zu faſſen.

Im römiſchen Leben konnten die Fälle nicht ſelten ſein, daß die verſchiedenen hausherrlichen Gewalten mit einander in Conflict geriethen, z. B. an demſelben Individuum von der einen Seite väterliche oder herrſchaftliche Gewalt, von der andern Manus oder Mancipium in Anſpruch genommen ward. Da nun wenn nicht alle, ſo doch die meiſten dieſer Gewaltverhältniſſe durch eine Vindication geltend gemacht werden konnten,[118] die Vindication aber

116) Gaj. I. 134, II. 24. Bei Schilderung des Herganges ſelber IV. 16 wiederholt Gajus den Ausdruck nicht.

117) Cicero pro Murena c. 12.

118) Für die Sklaverei bedarf es keiner Bemerkung; für das Mancipium folgt es aus der Formel ſeiner Begründung (Gaj. I. 119: hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo I. 123), wenn man ſonſt an die Correſpondenz zwiſchen den Formeln der Begründung und gerichtlichen Verfolgung des Rechts (II. 609) glaubt; für die väterliche Gewalt Gaj. I. 134 vindicat filium suum esse, L. 1 §. 2 de R. V. (6. 1). Für die Manus liegt kein poſitives Zeugniß vor.

ein judicium duplex war, so wird man zur Annahme berechtigt sein, daß nicht bloß dann, wenn beide Partheien sich ein und dasselbe, sondern auch wenn sie sich ein verschiedenes Gewaltverhältniß anmaßten, z. B. der Kläger, wie im Proceß der Virginia, die Tochter eines Andern für seine Sklavin ausgab, die beiderseitigen Ansprüche in einem und demselben Proceß zur Verhandlung gelangen konnten. Hätte man hier den Grundsatz: ein Proceß, eine Frage festhalten wollen, so hätte es zweier Processe bedurft, um den Status dieser Person processualisch festzustellen, in dem ersten wäre bloß entschieden, daß sie nicht Sklavin des Einen, in dem zweiten, daß sie Tochter des Andern sei, und zur Ermöglichung dieses zweiten Processes hätte es einer ganz besondern Procedur bedurft, entweder nämlich hätte der Vater einen Kläger aufstellen müssen, welcher die Tochter als die eigene in Anspruch nahm und ihm dadurch Gelegenheit gab, seinerseits in Form der contravindicatio dasselbe Verhältniß für sich in Anspruch zu nehmen, oder er hätte, indem er künstlich für einen Beklagten sorgte, der ihm die Tochter vorenthielt, als Kläger mit jener Behauptung auftreten müssen. Kurzum jeder andere Weg als der von uns angenommene mußte sich als unbrauchbar erweisen.

Haben wir hierin das Richtige getroffen, so ergibt sich daraus, daß die positive Behauptung, die man einer solchen Klage entgegensetzen durfte, eine verschiedenartige sein konnte, so z. B. in dem obigen Fall der Virginia die, welche ihr Verlobter in Wirklichkeit aufstellte: Virginiam liberam esse, sodann die, die der Vater, wenn er anwesend gewesen, hätte entgegensetzen können: filiam suam esse ex jure Quiritium; [119] in einem andern Fall hätte

---

119) Diese doppelte Möglichkeit nahm App. Claudius im Proceß der Virginia zum Vorwand, um im ersten Termin (Liv. III. 45) die vindiciae secundum libertatem zu verweigern. Die Vertheidiger des Mädchens, sagt er, hätten selbst zugestanden, daß es sich hier um einen Conflict zwischen herrschaftlicher und väterlicher Gewalt handle (Liv. III. c. 45), auf den Fall aber beziehe sich die Bestimmung der XII Tafeln nicht, hier habe vielmehr (wenn der Vater nicht da sei) der Herr Anspruch auf die Vindicien. Eben darum suchte

der Kläger vielleicht noch die Behauptung gewärtigen müſſen, daß das Mädchen Sklavin des Beklagten ſei oder ſich in ſeinem Mancipium befinde. Im Bisherigen liegt zugleich die Erklärung dafür, warum die Behauptung der Freiheit in die Form einer Vindication (asserere in libertatem — vindex libertatis), nicht eines Präjudiciums gebracht werden mußte, denn nur mittelſt dieſer Form konnte ſie der Vindication eines angeblichen Sklaven gegenüber als contravindicatio auftreten. Der Widerſpruch in Form der bloßen Negation hätte nämlich nicht lauten können, daß dies Individuum frei ſei, ſondern nur: daß es nicht Sklave dieſes Klägers ſei. [120])

In ſtrenger Durchführung der Idee eines Doppelproceſſes konnte das Urtheil ſeiner materiellen Wirkung nach [120a]) dreifach lauten: entweder nämlich dem Antrag des Klägers gemäß (servum esse) oder dem des Beklagten oder ſeines Vindex gemäß (liberum

---

er das Erſcheinen des Vaters um jeden Preis zu verhindern, und erſt als dieſer wider Erwarten erſchien und damit ſeinen ganzen Plan vereitelte, ließ er ſich zu einem Act offener Ungeſetzlichkeit verleiten. Neben dem für den Vater in Ausſicht genommenen Proceß über die Frage: väterliche Gewalt oder Sklaverei war bereits ein anderer über die Frage: Sklaverei oder Freiheit in der Perſon des Icilius inſtruirt (Liv. III. 46 — ita vindicatur Virginia), aber auf dieſen Proceß war Appius vorbereitet, auf ihn ſeine ganze Ausflucht berechnet. Anders erklärt Puntſchart (Note 102) die Sache.

120) So erklärt ſich auch das „praejudicium" an aliquis libertus sit Gaj. IV. 44. Das Patronat begründete kein jus über die Perſon, mithin keine vindicatio; entgegengeſetzten Falls hätte es zur Beſtreitung deſſelben der contravindicatio bedurft (wenigſtens wenn das Urtheil zu Gunſten des Beklagten nicht negativ, ſondern poſitiv auf: ingenuum esse hätte lauten ſollen), dann wäre aber, da doch Jemand nicht an ſich ſelbſt die Ingenuität vindiciren konnte, auch ein vindex ingenuitatis nöthig geweſen. — Gegen dieſen und ſonſtige vermeintliche Vindicationsfälle ſ. Eck a. a. O. S. 26, 27, „nur hinſichtlich der Tutel liegt die Annahme nahe, daß zwei angebliche Vormünder gegen einander mit der Vindicationsformel auftreten konnten: in hoc L. Titio pupillo jus tutelae mihi esse ajo", womit zu vergleichen Theophil. IV. 10 und die Stellen über die in jure cessio der Frauentutel bei Gaj. I. 168 und Ulp. XI. 6—8.

120a) Ueber die Form ſ. oben S. 92.

esse)[121] oder endlich abweisend für beide Theile, wenn nämlich keiner von ihnen seine Behauptung bewiesen hatte, also z. B. das Individuum, um das der Proceß sich drehte, sich zwar nicht als Sklave des Klägers, aber doch als Sklave erwiesen hatte: hier lautete der Spruch auf: servum Titii non videri.[121a])

Das bisher geschilderte Interesse der Möglichkeit einer selbständigen Intention d. h. der Contravindication für den Beklagten bei Processen über seinen Status war auch für die Vindication von Sachen und Erbschaften vorhanden. Auch rücksichtlich ihrer war es, wie auf der Hand liegt, für den Beklagten nicht gleichgültig, ob der Richter bloß erkennen durfte, daß der Vindicant nicht Eigenthümer oder Erbe sei, oder aber positiv, daß der Beklagte es sei. Man denke z. B. an den Fall, daß zwei Erbprätendenten miteinander im Streit liegen, von denen der eine auf

---

121) Anders Rudorff R. R. G. II. 131, der bei der petitio in servitutem den Gegensatz der beiderseitigen Behauptungen auf servum esse Titii und non esse stellt; aber der Vindex des Sklaven setzt die positive Behauptung: liberum esse entgegen, s. Plautus Rudens III. 4. 7: Si tuas esse oportet, nive eas oportet esse liberas, I. 4 Cod. de lib. causa (7. 16): liber pronunciatus est, L. 27 ibid.

121a) Dies geht meines Erachtens klar hervor aus L. 27 §. 1 de lib. causa (40. 12), welche die Möglichkeit eines dreifachen Urtheils voraussetzt: servum Titii videri. liberum videri, servum Titii non videri, letzteres für den Fall, daß der Kläger den Proceß fallen läßt. Hier wird ausdrücklich bemerkt, daß der Kläger mit seinem Antrage abgewiesen werden kann (amittit suam causam), ohne daß der Beklagte mit dem seinigen durchdringt (nec enim penuria adversarii ingenuitatem solet tribuere ... non ingenuus pronunciatur, sed servus non videri). Daß die Stelle von dem spätern praejudicium de libertate spricht (Eck S. 26) ist nicht richtig, der Kläger vindicirt den Sklaven als den seinigen (arg. „servum illius non videri"), und es treten sich ganz wie im alten Vindicationsproceß zwei positive Behauptungen gegenüber (servum meum esse — liberum esse), und jene Stelle lehrt, daß dem Richter nicht bloß die Alternative zustand, die eine oder andere zu bejahen, sondern daß er sich auch rein negativ ausdrücken konnte. Ein zweites Bedenken, das Eck noch hinzufügt, wird er selber wohl nicht ernstlich gemeint haben, es dürfte wenigstens weder ihm selber, noch irgend einem andern Mühe machen, darauf die richtige Antwort zu ertheilen.

Grund eines Teſtaments, der andere wegen angeblicher Nichtigkeit des Teſtaments auf Grund ſeines Inteſtaterbrechts den Nachlaß in Anſpruch nimmt, jeder aber ſich in Beſitz von Nachlaßgegenſtänden geſetzt hat. Soll hier etwa der eine, nachdem er im erſten Proceß als Beklagter die Gültigkeit des Teſtaments nachgewieſen hat, als Kläger auftreten, um den gelieferten Nachweis noch einmal zu führen?[122])

So alt wie die Begriffe des Miteigenthums und des Miterbrechts ſind begreiflicherweiſe auch die Klagen, mit denen ſie geltend gemacht werden, nämlich die Theil-Vindication der Sache und der Erbſchaft[123]) und die Theilungsklagen (act. communi dividundo und familiae erciscundae). Es wirft ſich nun die Frage auf, ob in derſelben Weiſe wie die vindicatio, ſo auch die contravindicatio auf einen Theil habe gerichtet werden können, nicht zwar auf einen körperlichen Theil[124]) — denn bei beweglichen Sachen hätte die Trennung des Theiles erſt durch die act. ad exhibendum vorbereitet werden müſſen, bei unbeweglichen Sachen iſt der Theil ein beſonderes Ganze für ſich,[125]) ſondern auf einen intellektuellen Theil, auf eine Quote des vom Kläger in Anſpruch genommenen Rechts. Ich finde kein Bedenken dieſe

122) Einen Fall der contravindicatio im juſtinianeiſchen Recht ſ. L. 8 §. 13 de inoff. test. 5. 2) . . in modum contradictionis querelam inducat, quemadmodum ageret si non possideret, sed peteret. Wie hier die contravindicatio contradictio, ſo wird in L. 27 §. 2 de lib. caus. (40. 12) der Contravindicant Contradictor genannt — das vindicare hatte ſich zu einem dicere abgeſchwächt.

123) Daß das Edict eine neuere Form dafür aufgeſtellt hat (L. 1 pr. si pars 5. 4), ſteht dem nicht im Wege.

124) Bei der her. pet. natürlich auch nicht auf einzelne Sachen aus dem Nachlaß, das wäre eine Cumulation der her. pet. und reivind. geweſen. Daß übrigens die contravindic. auch bei ihr Statt fand, ergibt ſich daraus, daß ſie eine vindicatio war. Gaj. IV. 16, 17. S. auch L. 1 §. 2 si pars (5. 4) . . petere debebunt.

125) L. 6 §. 1 Comm. pr. (8. 4) . . non est pars fundi, sed fundus L. 25 §. 1 de V. S. (50. 16).

Frage zu bejahen, das Bedürfniß einer solchen partiellen contravindic. war ganz dasselbe, wie das einer totalen, ja wo möglich noch höher, und da sie juristisch kein Einwand, sondern eine eigene Klage war, so war kein Grund vorhanden, sie anders zu behandeln, als jede andere. Das Interesse derselben liegt auf der Hand. Wenn zwei Personen das Miteigenthum oder Miterbrecht, das jede von ihnen in Anspruch nimmt, sich gegenseitig bestreiten, so hätte es ohne contravindicatio für die Entscheidung dieses Streits im ältern Recht zweier Processe bedurft, denn in jedem hätte der Richter nur über den Antrag des Klägers erkennen dürfen; die contravind. machte es möglich, die Anträge beider Partheien zuzulassen. Die Duplicität der Theilungsklagen findet mithin in der der Eigenthums- und Erbschaftsklage ihr Vorbild und Seitenstück, und in dieser Anwendung war sie wiederum völlig unentbehrlich.

Wenn der Kläger seine Klage aufs Ganze gerichtet hatte, so bot die Möglichkeit einer contravind. des Theils für den Beklagten ein ungleich geringeres Interesse, denn um die Abweisung der Klage — und zwar zum ganzen Betrage[126]) — zu bewirken, dazu reichte schon der Beweis eines ihm zustehenden Theilrechts aus. Dagegen bezweifle ich nicht, daß der Beklagte auch in diesem Fall mit der contravindic. seines Theils zugelassen wurde, da es doch immer einen Unterschied machte, ob bloß der Kläger ihm gegenüber abgewiesen, oder ob umgekehrt er selber ihm gegenüber als Theilberechtigter anerkannt ward. Umgekehrt muß es auch frei gestanden haben, der vindic. eines Theils die contravindic. des Ganzen gegenüberzustellen.

Daß die contravind. bei der act. confess. und negat. weder nöthig noch möglich war,[127]) wird sich aus dem Bisherigen zur

126) Die Folge der plus-petitio, Gaj. IV. 54.

127) Wenn Rudorff R. R. G. II. S. 131 (und auch jetzt noch Bethmann-Hollweg, Röm. Civilpr. I S. 140) bei ihnen von einer contravindic. spricht, so beruht das auf einem Verkennen des eigenthümlichen Wesens derselben; offenbar meint er, daß der Widerspruch des Beklagten bei in rem

Genüge ergeben. Bei beiden Klagen reichte zur Vertheidigung des Beklagten die Umkehrung der klägerischen Behauptung, also die bloße Negation, vollkommen aus. Nur in einem Fall verhielt es sich anders, nämlich wenn zwei Personen sich über einen Usus-fructus stritten, sei es über den ganzen oder über einen Theil; ob die Römer hier die Austragung des Streits in einem Verfahren, wie es das natürlichste war, zugelassen, und ob sie die positive Behauptung des Beklagten hier contravindicatio oder wie sonst immerhin genannt haben mögen, darüber wage ich eine Ansicht nicht zu äußern.

Möglicherweise hatte die contravind. außer der im Bisherigen nachgewiesenen Bedeutung noch eine andere. Bildete sie nämlich, wie man nach der Darstellung von Gajus annehmen muß, einen unerläßlichen Bestandtheil des Verfahrens, war also der Beklagte stets genöthigt zu contravindiciren, so ergab sich daraus für ihn die Alternative, entweder sich selbst das Eigenthum anzumaßen, beziehungsweise sich durch den angeblichen Eigenthümer, auf dessen Namen er besaß, vertreten zu lassen, oder aber die Sache herauszugeben, und diese Annahme wird durch die Analogie der in jure cessio unterstützt.[128]) Eine befriedigende Erklärung erhält dieser Contravindicationszwang jedoch erst durch das für beide Theile bestehende Requisit der Angabe der „causa". Bei dem Gewicht, das jedes Wort einer römischen Klagformel hat, und bei dem unverkennbaren Werth, den die causa in den Augen beider Partheien haben mußte, indem sie sogar den Gegenstand einer eigenen Frage von Seiten des Klägers an den Beklagten bildete, kann

---

actiones schlechthin contravindicatio genannt worden sei, während doch nur die positive Gegenbehauptung, nicht die bloße Negation auf diesen Namen Anspruch hatte. Die Behauptung: jus tibi non esse war eben so gut eine bloße Negation, wie die: me dare non oportere, und eben darum hieß sie ja negatoria, nicht contraconfessoria, wie sie sonst hätte heißen müssen.

128) Gaj. II. 24: praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit.

ich mich nicht entschließen, darin mit so Manchen eine werthlose Ausschmückung der Formel zu erblicken. Ich bin vielmehr der Ansicht, daß die causa hier wie überall beim Eigenthum den Erwerbungsgrund desselben bedeutet. Dafür finde ich eine Unterstützung in dem Bericht von Livius über den Proceß der Virginia (Note 119), in welchem der Kläger in der That die causa seines Eigenthums vor der solennen Vindication ganz speciell anführt, so wie in der noch für das neuere Recht bestehenden Möglichkeit einer vindicatio „expressa oder adjecta causa". [129])

Warum die Angabe der causa, wenn sie einmal nöthig war, nicht in der Formel selbst erfolgte, falls letzteres sonst richtig (Note 103), darüber will ich mich nicht in Vermuthungen ergehen, dagegen mögen mir einige Worte vergönnt sein über die Gründe, die eine solche Gestaltung der Klage motiviren konnten. [129a])

Nichts hinderte den Beklagten, der sich selbst nicht für den Eigenthümer hielt, sich dennoch dafür auszugeben und einen erdichteten Erwerbungsgrund vorzuschützen. Allein zunächst war doch das Mittel, durch das er sich vorläufig noch in dem Besitz behaupten konnte, kein solches, zu dem ein Jeder sich verstand; die Lage des Beklagten war also von vornherein schon eine ungünstigere, als heutzutage, wo er einfach mit Nichtwissen oder Läugnen auskommen kann. Sodann aber fiel sicherlich schon bei der Vindicienertheilung der verschiedene Charakter der beiderseitigen Aussagen schwer ins Gewicht. Der Lügner wird auch in Rom regelmäßig

---

129) L. 11 §. 2 L. 14 § 2 de exc. rei jud. (44. 2). Die L. 1 §. 3 de R. V. (6. 1), wie immerhin sie auch zu verstehen sein mag, kann jenen klaren Stellen nichts von ihrer Beweiskraft entziehen.

129a) Dieselbe wiederholt sich auch in andern Rechten z. B. im dänischen. Klagt der Kläger mit Angabe einer bestimmten causa, so ist auch der Beklagte verpflichtet, die causa für sein angebliches Eigenthum namhaft zu machen, Friedlieb, Abh. aus dem Schleswig'schen Recht, Kiel 1864 S. 20 Note 2. Uebrigens führt die Consequenz der Doppelvindication im Grunde von selbst dahin, denn wie kann der Beklagte sein Eigenthum anders beweisen, als durch Angabe einer causa?

von einem Unbekannten, Durchreisenden u. s. w. gekauft haben,[129b]) der ehrliche Mann gab seinen Autor mit Namen an und brachte ihn vielleicht gleich mit, oder er erschien mit seinen Nachbarn, die den Sklaven, Ochsen u. s. w. als den seinigen sofort recognoscirten. Schreckte dann trotzdem der Beklagte vor dem Proceß nicht zurück, so kam es zur solennen Einleitung desselben, und der Prätor wußte, wem er die Vindicien zu ertheilen hatte.[129c]) Eben so

---

129b) Ueber den Werth solcher Angaben s. L. 5 Cod. de furt. (6. 2) ... rei exhibeas venditorem. Nam a transeunte et ignoto te emisse dicere non convenit volenti evitare alienam bono viro suspicionem.

129c) Die gangbare Ansicht, die auch Bethmann-Hollweg Röm. Civilproc. I S. 144, 182 noch festgehalten hat, daß der Prätor stets dem Besitzer die Vindicien ertheilt, und daß der Besitz zugleich die Beweislast bestimmt habe, halte ich für einen Grundirrthum, von dem sich bisher auf Grundlage der Darstellung im Text nur Eck a. a. O. S. 11 frei gemacht hat. Er beruht auf der völlig unberechtigten Uebertragung dessen, was für das spätere judic. simplex galt, auf das völlig anders gestaltete jud. duplex der alten Zeit. In jenem war Einer Kläger, Einer Beklagter, die Entscheidung über die Partheirollen gab der Besitz, der, wenn er zweifelhaft war, durch das int. retin. poss. festgestellt ward. In diesem dagegen waren Beide Kläger, Beide traten mit einer selbständigen Behauptung auf, und die selbstverständliche Folge davon war, daß sie dieselbe zu begründen hatten. Was sollte die dem Contravindikanten durch den alten Proceß zur Pflicht gemachte Behauptung des eigenen Eigenthums, wenn er sich später einfach auf Läugnung des gegnerischen hätte beschränken können? Die Contravindication wäre ein völlig zweckloser Act gewesen, die bloße Negation hätte ausgereicht. Sie hatte aber ihren guten Sinn, sie gab in Verbindung mit dem Erforderniß der causa dem Richter das Mittel an die Hand, der Wahrheit auf den Grund zu kommen (S. 103). Bei dieser Gestalt der Sache war der Besitzstand völlig gleichgültig, und eben darum konnte man auch, von einigen durch das Gesetz bestimmten Fällen abgesehen, die Ertheilung der Vindicien ganz dem Ermessen des Prätors überlassen, wie letzteres durch Gaj. IV. 16 für Jeden, der ihn ohne die Brille des Vorurtheils liest, klar bezeugt wird: interim aliquem (also nicht schlechthin den bisherigen Besitzer) possessorem constituebat eumque jubebat praedes adversario (nicht actori) dare litis et vindiciarum. Diese ihm verstattete Freiheit ermöglichte es dem Prätor dabei nicht bloß auf den Besitz zu sehen und folgeweise bei Zweifelhaftigkeit desselben erst eine Untersuchung darüber anzustellen, sondern nach Maßgabe des Prima-facie-Beweises, der Verdächtigkeit oder Glaubwürdigkeit der Partheien und der mit erschienenen

wog aber auch der Richter, der bekanntlich in Rom an eine ſtrenge Beweistheorie nicht gebunden war, ſicherlich das Maß der Glaubwürdigkeit beider causae gegeneinander ab, die beiderſeitigen Autoren wurden vorgeführt und ſie wiederum befragt, wie ſie zur Sache gekommen waren — ein Verfahren, bei dem man regelmäßig dem wahren Sachverhalt d. h. demjenigen, der die Sache geſtohlen hatte, auf die Spur kam. Aber war es auch dem Kläger nur gelungen, den Beklagten in ſeinem eigenen Lügengewebe zu verſtricken, ſo mochte ſchon, um in der Sprache des heutigen Proceſſes zu reden, ein halber Beweis ſeiner eigenen causa die Wirkung eines ganzen ausüben, der Nachweis, daß Er gekauft, während der Beklagte oder ſeine Autoren ſich über die Sache nicht ausweiſen konnten, dem Richter über das Bedenken hinweghelfen, ob denn auch der Autor des Klägers und deſſen Autoren wirkliches Eigenthum gehabt hätten.[129d]) Mit andern Worten alſo: die

---

Autoren ſowie der Solvenz der offerirten praedes die Vindicien zu vertheilen, kurz in derſelben freien, ſicherlich nicht zu mißbilligenden Weiſe zu verfahren, wie ſie uns die L. 3 §. 4 de lib. exh. (43. 30) in ſo anſchaulicher Weiſe vorführt. Welche Gefahr hätte jene Befugniß des Prätors in ſich geſchloſſen, wenn die Vindicien den nunmehrigen Beſitzer vom Beweiſe befreit hätten, damit wäre ja in vielen Fällen das Schickſal des Gegners ſchon völlig beſiegelt geweſen. Nur in dem einen, gewiß höchſt ſeltenen Fall, wenn der Proceß für beide Theile abweiſend endete (Note 115), verſchafften die Vindicien dem, der ſie erhalten hatte, den Vortheil, daß er die Sache behielt.

129d) So z. B. Sueton Galba c. 7. Cum de proprietate jumenti quaereretur levibus utrimque argumentis et testibus ideoque difficili conjectura veritatis ita decrevit, womit zu vergleichen Gell. XIV. 2, 26. Auch im engliſchen Proceß lautete nach Gneiſt Selfgovernment S. 80 die den Geſchwornen vorgelegte Frage nicht darauf, ob Kläger Eigenthum habe, ſondern: utrum A vel B majus jus habeat in terra illa. Aus der im Text entwickelten Geſtalt der Sache ergibt ſich die wichtige Rolle, welche in allen Rechten, in denen ſie ſich wiederholt, den beiderſeitigen Autoren zufällt. Beiſpielsweiſe nenne ich das altruſſiſche Recht, ſ. die krit. Zeitſchr. für Rechtswiſſenſchaft und Geſetzgebung des Auslandes XII S. 73: „Man fragte den unrechtmäßigen Beſitzer, wo er die Sache her habe, d. h. wer ſein Bürge ſei. Dieſe alte reiv. des ruſſiſchen Rechts heißt . . . Reinigung; ſie führte immer auf den Dieb hinaus.“ Derſelbe Gedanke bei Plaut. Curc. IV. 2, 12. Nec vobis autor ullus est nec vosmet estis ulli d. h. die Sache iſt geſtohlen.

reivind. wird schon im ältern Proceß nicht selten die Wirkung der Publiciana act. gehabt haben. Um sie zu haben, um das relative Verhältniß beider Partheien zur Sache zu constatiren, mußten aber beide ihre causae angeben. Als die Publiciana actio eingeführt ward, und der Gedanke der Relativität im Eigenthumsrecht damit eine mehr gesicherte und geregelte Form der Verwirklichung erhielt, als das subjective Gefühl des Richters sie ihm gewährte, fiel der eine Grund hinweg, der die Angabe der causa nöthig machte, mit dem Abkommen der Vindicien der zweite, und so mag es seine Erklärung finden, daß der neuere Proceß jenen Gedanken des ältern Rechts völlig aufgab.[130] Die Nothwendigkeit der contravindicatio, sei es auch in modernisirter Form, würde fortan keinen Sinn mehr gehabt haben; ohne causa war sie werthlos.[130a]

Wie man nun auch über diesen Versuch, ihre Nothwendigkeit innerlich zu erklären, denken möge, für unsern gegenwärtigen Zweck reicht vollkommen ihre Möglichkeit aus, und nach dieser Seite hin dürfen wir nicht anstehen, sie als ein unentbehrliches Complement des altrömischen Processes, als eine Einrichtung zu bezeichnen, welche gerade dadurch, daß sie sich von dem Grundsatz der einen Frage lossagte, beweist, wie auch hier wiederum die alten Juristen die Interessen des Lebens höher achteten, als eine auf Kosten derselben erkaufte ungesunde Consequenz. Aber die Art, wie sie es thaten, wie sie auch hier trotz der gebotenen Abweichung von jenem Grundsatz die Einheit des Processes zu retten

130) Der Besitzer ist nicht mehr gezwungen, seinen Titel anzugeben L. 12 Cod. Theod. de fide test (11. 30) (womit jedoch zu vergleichen L. 1 ibid.) oder den Theil, zu dem er besitzt L. 73 pr. de reiv. (6. 1).

130a) Daß aber der Beklagte auch im heutigen Proceß, wenn er will, anstatt sich auf einfaches Läugnen zu beschränken, die Behauptung seines eigenen Eigenthums entgegensetzen (contravindiciren), und durch einen darauf gerichteten Antrag den Richter zum Ausspruch darüber veranlassen kann, ist freilich unbestreitbar, und ältere Schriftsteller (z. B. Berger Oecon. jur. II, 2 §. 34 nota 11) unterließen nicht dies hervorzuheben, während dies heutzutage gewöhnlich unterbleibt.

verſtanden und dem Richter es ermöglichten, mit einem Spruch den Proceß zu entſcheiden, iſt wiederum ein ſprechendes Zeugniß der Geſchicklichkeit, mit der ſie die Proceßformen zu handhaben wußten.

Faſſen wir das Geſammtreſultat unſerer ganzen bisherigen Unterſuchung über die Möglichkeit eines Conflicts der Rechte beider Partheien in demſelben Proceß in wenig Worte zuſammen, ſo glaube ich als ſolches den oben (S. 62) verſprochenen Nachweis bezeichnen zu dürfen, daß das Negationsſyſtem auch in dieſer Richtung den Vergleich mit dem Exceptionsſyſtem nicht zu ſcheuen hat. Was demſelben an Elaſticität und Weite abging, erſetzten die alten Juriſten durch Geſchicklichkeit. Die Proben, die wir dafür beigebracht haben — und wie wenige mögen es ſein im Vergleich zu denen, die uns vorenthalten ſind — werden das Urtheil rechtfertigen, daß die alten Juriſten den Proceß vollkommen beherrſchten, d. h. daß die Proceßformen für ſie kein Hinderniß bildeten, Zwecke, die ſie einmal proceſſualiſch erreichen wollten, auch wirklich zu erreichen, und daß mithin der Grund, warum ſo manche Befreiungsgründe des Beklagten die Form der exceptio an ſich tragen, d. i. erſt der ſpäteren Zeit ihre Einführung verdanken, nicht darin gefunden werden darf, daß die ältere Zeit ſie nicht hätte zulaſſen können, ſondern darin, daß ſie dieſelben nicht zulaſſen wollte. Wenn der Prätor für ſie eine ganz neue Form, die der exceptio wählte, ſo geſchah es nicht, weil die alte nicht mehr ausgereicht, und die neuere einen höhern Grad der Brauchbarkeit beſeſſen hätte, ſondern weil er ſich für den Zweck der Vertheidigung eben ſo wenig ihrer bedienen durfte, wie für den Zweck der Klage der civilrechtlichen Form derſelben; die Befreiung „ipso jure“ und die actio in jus concepta waren, wie ihr Name angibt, ſpecifiſch civilrechtliche Begriffe.

Nur in einer Beziehung ſcheint die neuere Form die ältere überholt zu haben. Die Wirkung der Negation iſt ſtets eine abſolute, d. h. ſie negirt das Daſein des vom Kläger in Anſpruch genommenen Rechts ſchlechthin, gleichgültig welcher Art dies Recht iſt,

ob relativer oder absoluter. Die exc. aber kann die Wirksamkeit des Rechts nicht bloß absolut, sondern auch relativ d. h. bloß dem Beklagten gegenüber bestreiten, und zwar selbst bei der Obligation, wovon die Einreden des Correalschuldners aus einem absolut (in rem) oder relativ (in personam) gefaßten formlosen Nachlaßvertrag ein Beispiel gewähren. Die exceptio schließt mithin die Möglichkeit in sich, daß in einem und demselben Proceß der absolute und relative Gesichtspunkt sich kreuzen, daß z. B. der Käufer, der aus irgend welchen Gründen durch die Tradition nicht Eigenthümer der Sache geworden ist, der an sich gegen ihn zuständigen Vindication des Verkäufers gegenüber zwar das Eigenthum zugibt, aber der Consequenz desselben rücksichtlich seiner durch Berufung auf den Kaufcontract ausweicht. In Form der Negation wäre dies nicht möglich gewesen, denn das Eigenthum läßt sich nicht relativ negiren, der Käufer konnte mithin im alten Proceß, wenn der Verkäufer selber sich anschickte, ihm die Sache zu evinciren, der Klage nicht durch Berufung auf die Obligation ausweichen, denn letztere läßt das Eigenthum unangetastet, sondern er mußte die Sache herausgeben, konnte dann aber den Verkäufer mit der act. autoritatis auf das Doppelte belangen.

Allein daß auch hier wiederum das ältere Recht nicht wegen der Unbeholfenheit der processualischen Form eine Vertheidigung ausschloß, die es im übrigen für zulässig gehalten hätte, geht daraus hervor, daß es bei der Berufung des Beklagten auf einen ihm zustehenden Nießbrauch, die ja in der That ebenfalls nur ein relatives Hinderniß geltend macht, welches lediglich in der Person dieses Beklagten besteht, die dafür erforderliche Form sehr wohl zu finden wußte. Der Grund, warum es in andern Fällen dies nicht that, kann also nur darin gefunden werden, daß es jene Kreuzung absoluter und relativer Elemente in einem Proceß im allgemeinen für bedenklich hielt; wir werden später (§. 55) Gelegenheit erhalten, dies des Näheren nachzuweisen.

Schließlich möge noch das Gesammtergebniß unserer Detailuntersuchungen tabellarisch veranschaulicht werden.

Conflict von Rechten beider Partheien.

Recht des Klägers.	Recht des Beklagten.	Klage.	Mittel der Vertheidigung.
Besitz	Eigenthum	interdict. de precario	Negation d. Klaggrundes . S. 67.
Eigenthum	Eigenthum, Miteigenthum	reivindicatio	contravindicatio . . . S. 91, 98.
	Servitut	Reivind. mit deductio actio negatoria	Formelzwang . . . . . S. 83.
	Forderung (Quarta Falcidia; Peculiarforderung)	Partis vindicatio	Strafe der plus-petitio . . S. 72.
	Erbrecht	Hereditatis petitio	Formelzwang . . . . . S. 86.
Erbrecht	Erbrecht, Miterbrecht	Hered. pet.	contravindic. . . . . S. 97.
	Eigenthum	Reivind.	contrav. Formelzwang . . S. 86.
Forderung	Gegenforderung: Dos	act. rei ux. (auf Ueberschuß)	Strafe der plus-petitio . . S. 68.
	Gegenforderung: Quarta Falcidia	act. ex test. (auf Ueberschuß)	. . . . . S. 72.
	Gegenforderung: Argentarius	agere cum compensatione	Formelzwang . . . . . S. 79.
	Gegenforderung: Bon. emtor	agere cum deductione	
	Gegenforderung: Dominus	act. de peculio	Stellung d. Condemnat. auf d. Betrag d. pecul. . . S. 73.
Väterliche Gewalt	Väterliche Gewalt		
	Herrschaftliche Gewalt		
	Mancipium		
Herrschaftliche Gewalt.	Herrschaftliche Gewalt	Vindicatio	contravindicatio . . . . S. 94.
	Väterliche Gewalt		
	Mancipium		
	Freiheit		

2. Vertheidigung in Form der Klage.

Stellen wir zunächst den Begriff derselben fest.

Von einer Vertheidigung in Form der Klage kann nur da geredet werden, wo der ganze Zweck der Klage gleich dem der restit. in int. aufgeht in der Beseitigung des gegnerischen Anspruchs, die zweite Klage, so zu sagen, bloß die Form ist, in der das Recht den Erfolg der ersten ganz oder zum Theil, absolut oder relativ zurücknimmt. Zu diesen Klagen zählen z. B. die Condictionen wegen mangelnden Grundes, die act. quod met. causa und andere. Dagegen gehören gar nicht hierher alle Klagen aus zweiseitigen Geschäften, durch welche jeder Theil den ihm zustehenden Anspruch verfolgt, wie z. B. der Käufer den auf die Sache, der Verkäufer den auf den Kaufpreis, denn jeder dieser Ansprüche ist seiner selbst wegen da, nicht um den gegnerischen zu vernichten, beide können daher gleichzeitig erhoben werden, und der Umstand, daß sie der Klage des Gegners gegenüber auch in Form der Einrede (durch Retention) geltend gemacht werden können, enthält für sie nichts Charakteristisches. Der Gegensatz beider Fälle läßt sich auch so ausdrücken: Dort haben wir eine Klage mit defensivem, hier eine Einrede mit offensivem Zweck, jene soll eine Einrede nachholen, diese eine Klage anticipiren.

Von jenen Klagen mit ausschließlich defensivem Zweck kennt das römische Recht zwei Klassen: die eine eine Schöpfung des älteren und nicht in das neuere übergegangen, die andere, wenn vielleicht auch in einzelnen Anwendungsfällen bereits dem früheren bekannt, doch erst im neuern völlig entwickelt. Eben aus diesem Grunde hat letztere für uns hier nur einen untergeordneten Werth, und im Interesse der schärferen Abgränzung beider Klassen wollen wir später auf sie einen Blick werfen, während die erstere den eigentlichen Gegenstand unserer Aufgabe bildet.

Als man im Lauf der Jahrhunderte in Rom sich genöthigt sah, die Autonomie der Privaten, wie sie in den XII Tafeln anerkannt war und bis dahin unangetastet bestanden hatte, in manchen Fällen

zu beſchränken, z. B. dem Teſtator ein Maß vorzuſchreiben, über das hinaus er keine Legate anordnen dürfe, oder gewiſſe Contracte zu unterſagen, ſchlug man dabei in ächt römiſcher Weiſe nicht den Weg ein, der uns heutzutage, ich will nicht ſagen: als der natürliche, ſondern als der einzig denkbare erſcheint, nämlich den des geſetzlichen Verbots bei Strafe der Nichtigkeit (lex perfecta), ſondern man bediente ſich eines Umwegs, indem man das Geſchäft in ſeiner abſtracten juriſtiſchen Gültigkeit unangetaſtet ließ, aber denjenigen, der daſſelbe zu verwirklichen verſuchte, beſtrafte (lex minus quam perfecta).[131] Dieſen Weg verfolgte man mit einer ſolchen Conſequenz, daß der Prätor ohne Anſtand aus dem Geſchäft eine Klage gewährte, den Richter mithin anwies, den Beklagten zu verurtheilen. Allein der Sieg kam dem Kläger theuer zu ſtehen, denn was er erhalten, mußte er dem Beklagten vierfach zurückgeben! Die Klage, die hier dem Beklagten gegeben ward, iſt diejenige, welche wir im Folgenden zu unterſuchen haben.

Die regelmäßige[132] Form derſelben ſcheint die der legis actio durch manus injectio geweſen zu ſein. Daß ſie auf die Strafe des Vierfachen ging, wird für die lex Furia testamentaria und die lex Marcia de usuris ausdrücklich bezeugt,[133] und prägt

131) Ulp. fr. Prooem. §. 2. Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit non rescindit, sed poenam injungit ei, qui contra legem fecit, qualis est Furia testamentaria, quae plus quam mille asses legati nomine mortisve causa prohibet capere praeter exceptas personas et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit. Ein bereits früher erwähntes Beiſpiel (lex Licinia) ſ. II 144, ein ſpäter folgendes §. 55 Note 306, 307. Außerdem kommen noch in den Juſtinianeiſchen Quellen manche andere vor z. B. L. 3 de litig. (44. 6), L. 11 pr. de divort. (24. 2).

132) Als ſolche wird ſie wenigſtens bei Plautus Persa I. 2, 18: ubi quadruplator (ſ. u.) quoipiam injexit manum vorausgeſetzt. Gaj. IV. 22, 33 erwähnt drei Fälle, den der lex Furia testamentaria, der lex Furia de sponsu und der lex Marcia.

133) Erſteres durch Ulp. fragm. Prooem. §. 2, letzteres durch Cato de re rust. Prooem. . . foeneratorem quadrupli. Pseudo-Ascon. (Orelli p. 110) in Verbindung mit Gaj. IV. 23 adversus foeneratores. Pseudo-Asconius fügt noch den Fall des Spielverluſtes (alea) hinzu.

ſich, wie unten gezeigt werden wird, auch in dem „quadruplator“ aus. Als Handlung, worauf die Strafe geſetzt war, wird bald das „exigere“ bald das „capere“ bezeichnet;[134] dürfte man auch den erſten Ausdruck zur Noth ausſchließlich auf das gerichtliche Beitreiben beziehen, ſo läßt doch der letztere Ausdruck dies nicht zu und beweiſt, daß im Sinne des Geſetzes auch die bloße Annahme des Geſchuldeten als Geſetzübertretung gelten ſollte — eine Beſtimmung, der wir unten verſuchen werden den Schein des Unwahrſcheinlichen und Widerſinnigen zu nehmen.

Die Beſtimmung der Klage liegt auf der Hand. Sie ſoll indirect daſſelbe bewirken, was die exceptio direct bewirkt: dem Gläubiger die Ausübung ſeines Rechts unmöglich, die Klage zu einem Noli me tangere machen, und man wird zugeſtehen müſſen, daß das Mittel zu dem Zwecke gut gewählt war — nur ein Thor hätte das Einfache begehren können, wo er das Vierfache zurückzahlen mußte — und es begreift ſich vollkommen, daß man bei ungenauer Redeweiſe ſich ſo ausdrücken konnte, als habe das Geſetz, wodurch der Anſpruch begründet ward, das Geſchäft ſelbſt verboten, während das Verbot in Wirklichkeit ſich nur auf die Realiſirung deſſelben bezog.

Der fortgeſchrittenen und in conſervativer Beziehung minder empfindlich gewordenen Anſchauungsweiſe der ſpätern Zeit widerſtrebte die Abſonderlichkeit der Form;[135] an die Stelle des indirecten Zwanges trat wie in ſo manchen Fällen der directe durch Exception.

Ihrer juriſtiſchen Natur nach wird unſere Klage zu den Straf-

---

134) Gaj II. 225 capere . . IV. 22 . . exegisset 23 . . exegissent . . cepisset. Ulp. a. a. O. capere.

135) Dieſelbe wiederholt ſich übrigens in der Geſchichte gar nicht ſelten, ſo z. B. auch im römiſchen Staatsrecht (Sulla legte in dieſer Weiſe das Interceſſionsrecht der Tribunen lahm) und im kanoniſchen Recht. Wer eidlich Zinſen verſprochen, wird vom geiſtlichen Gericht gezwungen, ſie zu entrichten, aber hinterher wird der Empfänger gezwungen ſie zurückzugeben. c. 6 X. de jurej. (2. 24) — eine lex minus quam perfecta des kanoniſchen Rechts.

klagen zu ſtellen ſein, und zwar möchte ich ihr zur Unterſcheidung von andern den Zuſatz einer proceſſualiſchen geben. Ihr Zweck iſt nämlich ein rein proceſſualiſcher, ein reiner Exceptionszweck: Verhinderung der Ausübung eines Klagrechts. Das Delict, das ſie ſtrafen ſoll, läßt ſich nach Analogie der Nichtachtung einer exceptio[137]) als proceſſualiſcher dolus bezeichnen, denn dolus, fraus iſt es, eine Klage anzuſtellen, die das Geſetz mißbilligt.[138])

In gewiſſen Verhältniſſen nahm die Klage eine ganz eigenthümliche Geſtalt an. Die Erwägung nämlich, daß der Schuldner möglicherweiſe aus Scheu vor der Rache des Gläubigers Anſtand nehmen mochte, ſich ihrer zu bedienen, veranlaßte den Geſetzgeber, ihre abſchreckende Wirkung für den Gläubiger dadurch zu erhöhen, daß er ſie für den Fall, wenn der zunächſt Berechtigte keinen Gebrauch von ihr machen wollte, jedem, der Luſt hatte, verhieß, m. a. W. daß er ſie zu einer Popularklage erhob.[139])

---

137) L. 2 §. 5 de dol. exc. (44. 4) dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit L. 1 §. 1 L. 8 pr. ib.: dolo facit, qui petit quod redditurus est.

138) Eine indirecte Andeutung in der lex Falcidia (in unverkennbarem Hinblick auf die lex Furia): eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, L. 1 pr. ad leg. Falc. (35. 2). Rudorff benutzt zur Erklärung der Strafe des Vierfachen den Geſichtspunkt des Diebſtahls, ſo nämlich für die lex Marcia (ſ. u.) Röm. R. G. I. S. 46 Note 7 und für die lex Furia testamentaria S. 56 („als einen offenbaren Diebſtahl an der Familie" —?—). Will man hier überhaupt nach einem Geſichtspunkt ſuchen, um die Strafe des Vierfachen zu erklären, ſo bietet ſich wohl am ungezwungenſten der dar, daß die Römer nach Art des furtum manifestum das Vierfache als Strafe der offenbaren, das Zweifache nach Art des furtum nec manifestum als Strafe der verborgenen, verſteckten Widerſetzlichkeit gegen das Geſetz betrachteten.

139) Das prätoriſche Edict nahm dieſen uralten Gedanken (die Art, wie Gajus L. 3 de litig. [44. 6] ſich ausdrückt, läßt ſchließen, daß ſchon die XII Tafeln ſich des Mittels bedient hatten) für einige Fälle auf, ſo z. B. für die act. sepulcri violati, welche zunächſt dem Betheiligten und nach ihm Jedem, der Luſt hat, verſprochen wird L. 3 pr. §. 12 de sep. viol. (47. 12), ebenſo

Jetzt erst war der Zweck des Gesetzes vollständig erreicht. Was half es dem Gläubiger, wenn auch die Abhängigkeit, in die er den Schuldner zu versetzen gewußt hatte, ihn gegen *seine* Klage sicherstellte? Jeder andere konnte ihm das Loos bereiten, welches das Gesetz ihm zugedacht hatte; es war eine Prämie darauf gesetzt, ihn zur Verantwortung zu ziehen. Damit war also der Schuldner gewissermaßen unter öffentlichen Schutz gestellt — in der That ein eben so ingeniöses, als wirksames Mittel, den Druck, den der Gläubiger auf ihn ausübte, zu paralysiren. Daß das Motiv, welches regelmäßig zur Anstellung einer solchen Klage bestimmte, nicht auf *jenen* Zweck gerichtet war,[140]) daß der Kläger sehr häufig, weit entfernt bei Anstellung der Klage das Interesse des Schuldners zu verfolgen, sich lediglich durch die Aussicht auf den von der öffentlichen Moral für nichts weniger als ehrenhaft bezeichneten eigenen Erwerb leiten ließ, that der Wirksamkeit des Mittels nicht im Mindesten Abbruch. Gerade im Gegentheil der Umstand, daß das Gesetz das Motiv so niedrig gegriffen, daß es nicht, wie in so manchen andern ähnlichen Fällen, z. B. der postulatio suspecti tutoris an ein sittliches Motiv, an das Gefühl der Theilnahme für einen Hülflosen, sondern an die schnödeste Art der Erwerbsucht appellirt hatte, gerade dieser Umstand sicherte der Einrichtung den gewünschten Erfolg, denn es rief in ihrem Dienste die ganze Betriebsamkeit, Rührigkeit, Rücksichtslosigkeit wach, über die der Eigennutz gebietet, wenn er das Gefühl der Scham verloren hat. Wer sich einmal zu dem verachteten Gewerbe eines Quadruplator[141]) herabgelassen hatte, mußte, um Stoff zu haben, durch

---

L. 5 §. 5 de his qui effud. (9. 3), und selbst Justinian kommt auf denselben bei dem Spielverbot zurück, L. 1 Cod. de aleat. (3. 43).

140) Plautus erkennt denselben in der Note 132 citirten Stelle ausdrücklich an: nam publicae rei causa quicunque id facit magis, quam sui quaesti . . . eum civem et fidelem esse et bonum.

141) Der Quadruplator bemächtigt sich eines fremden Processes (Liv. III. 72 . . *interceptor* litis alienae): er hat seinen Namen von der poena quadrupli, die das Gesetz für manche Fälle verhängt hat (Festus sub *Qua-*

Ausspähen und Nachspüren sich ihn selber suchen, mußte, um mit Erfolg Denunciant zu sein, Spion sein, und in der That ward das Gewerbe mit einer Energie betrieben, daß die Gesetzgebung sich genöthigt sah, gegen das Uebel, das sie selbst mit jener Einrichtung ins Leben gerufen hatte, in anderer Weise Abhülfe zu gewähren und durch Androhung schwerer Strafen [142]) dafür Sorge zu tragen, daß die Gier der Quadruplatoren sich nicht unterschiedslos gegen Schuldige und Unschuldige kehrte.

Das im Bisherigen entworfene Bild unserer Strafklage beruht auf einer Zusammensetzung einzelner Züge, welche die Quellen uns bei Gelegenheit der verschiedenen Fälle aufbewahrt haben, bei dem einen diesen, bei dem andern jenen; die Mittheilung dieser einzelnen Fälle wird uns Gelegenheit geben, die obige Darstellung quellenmäßig zu begründen.

Die einzelnen Fälle sind folgende:

Die lex Furia testamentaria.[143]) Das Einzige, was für diesen Fall noch Hervorhebung verdient, ist die Frage: was konnte den Gesetzgeber, wenn er einmal für die Legate oder sonstige mortis causa capiones ein Maß von 1000 As festsetzen wollte, veranlassen, nicht bloß die gerichtliche Beitreibung, sondern sogar die Annahme, das „capere“ [144]) des Hinterlassenen zu unter-

druplatores . . ut eas res persequerentur, quarum ex legibus quadrupli erat actio); es sind dies also Fälle, wo zunächst der Betheiligte eine Klage hatte, z. B. auf Rückgabe gezahlter ungesetzlicher Zinsen. (Pseudo-Ascon [Orelli 110] . . pecuniae gravioribus usuris feneratae, auf Rückgabe deutet auch Seneca de benef. VII. 25: beneficiorum suorum quadruplatores). Von der Quarta pars bei crimina publica (Tac. Ann. IV. 20 Pseudo-Ascon. a. a. O.) kann der Name quadruplatores nicht hergenommen; daß er aber auch hier in Uebung war, ist bekannt. Ebenso wird er in den Fällen gebraucht worden sein, wo die act. popularis nicht auf ein quadruplum, sondern auf eine bestimmte Summe gerichtet war, so z. B. L. 3 §. 12 cf. L. 3 pr. de sep. viol. (47. 12).

142) Rudorff R. R. G. II. S. 457 flg.

143) Die Stellen sind bereits im Bisherigen mitgetheilt.

144) Daß dies der Ausdruck des Gesetzes war, dafür sprechen nicht bloß

sagen? Genügte es nicht vollkommen, ihm die Klage zu entziehen? Die Frage muß verneint werden. Mit der Klage würde das Gesetz bloß den rechtlichen Zwang zur Auszahlung der Legate beseitigt haben, nicht den moralischen und socialen, den die Achtung vor dem Willen des Testators und die Rücksichten auf die Legatare und das Urtheil der Welt dem Erben auferlegte. Wollte es diese Einflüsse paralysiren, so blieb nichts übrig, als dem Honorirten die Annahme des Legats bei Strafe zu untersagen.[145] Ein Seitenstück aus unsern Tagen wird dies erläutern. Neuere Gesetzgebungen haben mit Recht den Satz des kanonischen Rechts, daß der promissorische Eid den Rechtsgeschäften, denen er hinzugefügt werde, eine rechtliche Erzwingbarkeit verleihe, aufgehoben. Allein damit ist die gefährliche Tauglichkeit dieses Mittels für Geschäfte, die das Gesetz verhindern will, z. B. das Nehmen wucherischer Zinsen, nur um ein Geringes abgeschwächt, denn der gewissenhafte Mensch erfüllt auch den rechtlich unverbindlichen Eid. Wie dem begegnen und damit den Mißbrauch des Eides steuern? Die Antwort ertheilen einige andere neuere Gesetzgebungen, indem sie dem Gläubiger bei Strafe verbieten, sich einen Eid schwören zu lassen — also derselbe Weg, den die lex Furia einzuschlagen für nöthig hielt, nur mit dem Unterschied, daß statt des Privatklägers die Staatsbehörde die Strafe in Vollzug setzt.

Ob die lex Furia die Klage aufs Vierfache auch als Popularklage gegeben habe, muß dahingestellt bleiben, es läßt sich aber nicht

---

die directen Zeugnisse von Gajus und Ulpian, sondern auch das indirecte der lex Falcidia (Note 138).

145) Besonders nöthig war dies für eine Form der letztwilligen Zuwendung, das s. g. conditionis implendae causa datum („wenn A dem B 10000 As gibt, soll er mein Erbe sein"). Hier hatte der Honorirte weder eine Klage, noch bedurfte er derselben, denn der dem Erben auferlegte indirecte Zwang genügte vollkommen. Wollte er hier nicht dem Gesetz verfallen, so mußte er das Anerbieten der Zahlung der ganzen Summe (zu dem der Erbe, um die Bedingung zu erfüllen, genöthigt war) zurückweisen und sich mit 1000 As begnügen; die Bedingung galt dann trotzdem als erfüllt, II. Note 235.

verkennen, daß sie erst dadurch ihren Zweck vollständig erreicht haben würde.

2. Die lex Furia de sponsu (Gaj. IV. 22) gebietet dem Gläubiger, der mehrere Bürgen[146]) angenommen hat, die Klage zwischen ihnen zu theilen, und gibt im Uebertretungsfall dem Bürgen, der mehr als seinen Theil hat zahlen müssen, eine manus injectio auf Rückforderung des Ueberschusses; ob aufs Vierfache, hat Gajus, dem wir allein die Kunde dieses Gesetzes verdanken, nicht bemerkt, woraus aber ein Schluß auf das Gegentheil umsoweniger berechtigt ist, als Gajus auch bei dem vorhergehenden Gesetz, bei dem doch die Strafe des Vierfachen anderweit bezeugt ist, dieselbe nicht erwähnt.

Daß beide Gesetze verschiedene gewesen seien, wie man gewöhnlich annimmt,[147]) ist nirgends gesagt, und die Bezeichnung als lex Furia „de sponsu“ und „testamentaria“ gewährt dafür keinen Beweis, da die römischen Juristen bekanntlich sehr oft verschiedene Kapitel eines und desselben Gesetzes als verschiedene leges

---

146) In Form der sponsio oder fidepromissio Gaj. III. 121. Für fidejussores galt weder diese, noch die bei Gajus erwähnte zweite Bestimmung der lex Furia. Wenn man nicht annehmen will, daß das Gesetz selbst eine Hinterthür offen gelassen, um seinen ganzen Zweck zu vereiteln, so wird man zu der Vermuthung genöthigt, daß diese jüngste Form der Verbürgung damals noch nicht existirte, und daß vielleicht gerade die lex Furia sie ins Leben gerufen hat. Auf demselben Wege, auf dem man im Verkehr den unbequemen Rechtssätzen über Legate durch die fidei-commissa entging, mochte man es denen der lex Furia gegenüber durch die fide-jussio zu thun versuchen, nämlich auf dem einer rein auf das Gewissen, die Ehrbarkeit (die fides) gestellten Erwartung. So wie jene Form später klagbar ward, so auch diese, und so wie auf jene die Bestimmungen der Legate ausgedehnt wurden, so auf diese durch die epistola Divi Hadriani das benefic. divisionis; ob auch die andere Bestimmung der lex Furia (jedenfalls erst nach Gajus), hängt davon ab, ob L. 25 de stip. serv. (45. 3) . . ex quo tempus cedat interpolirt ist.

147) So z. B. Rudorff R. R. G. I. S. 51, 57, welcher ohne ausreichenden Grund das eine Gesetz dem fünften, das andere dem sechsten Jahrhundert zuweist.

bezeichnen.[148]) Nichts ſteht im Wege, das letztere Verhältniß auch hier anzunehmen, und dies vorausgeſetzt, würde das ganze Geſetz in ein unerwartetes Licht treten. Der Zweck deſſelben würde dann in der quantitativen Herabſetzung gewiſſer Anſprüche beſtanden haben: desjenigen aus einem Vermächtniß auf **1000** As, desjenigen aus einer Geſammt-Bürgſchaft auf den Viriltheil[149]) — beides in der damaligen Form ſtatt durch exceptio durch Widerklage.[150]) Vielleicht ſchloſſen ſich dem noch einige andere uns nicht überlieferte Fälle an.

3. Das Geſetz über verbotene Glücksſpiele, über welches wir nichts weiter wiſſen, als daß es die Strafe des Vierfachen feſtſetzte.[151])

4. Die lex Marcia de usuris reddendis. Wenn Gajus[152]) bei der Erwähnung dieſes Geſetzes von Zinſen ſchlechthin, nicht von ungeſetzlichen Zinſen ſpricht, ſo läßt ſich dies aufrecht erhalten durch Bezugnahme auf die lex Genucia, welche bekanntlich das Zinſennehmen gänzlich verboten hatte. In welcher Weiſe ſie es gethan haben mag, läßt ſich nach unſern bisherigen Ausführungen errathen: ſie that es in der Form ihrer Zeit: in der einer lex minus quam perfecta, indem ſie auf die Uebertretung die Strafe des Vierfachen ſetzte. Ob ſie aber das Nehmen oder bloß das Einklagen der Zinſen verbot, darüber wird ſich wohl

---

148) Und zwar bekanntlich auch bei Geſetzen aus älterer Zeit, z. B. der lex Licinia Sextia.

149) So würde es ſich vielleicht auch erklären, wie man dazu kam, in beiden Fällen den Zuſatz pro judicato zu machen, ungeachtet das Geſetz nur bei Gelegenheit des einen dazu Anlaß gab, Gaj. IV. 23.

150) Im neuern Recht tritt an die Stelle dieſer Form: beim Legat das ipso jure minui der lex Falcidia (Note 66), bei der fidejussio die exceptio divisionis (Note 146).

151) Pseudo-Ascon. (Orelli p. 110), bei Plautus Miles glor. II, 2, 9 als lex talaria erwähnt. Juſtinian (Note 139) hat bloß die act. popularis aufs Einfache beibehalten. In dieſem und dem folgenden Fall findet ſich die Popularklage auch im engliſchen Recht, Bruns Zeitſchr. für R. G. III. S. 414.

152) Gaj. IV. 23; die übrigen Stellen ſ. Note 133.

nichts Sicheres ermitteln laſſen, und nicht minder wird das Verhältniß der lex Marcia zur lex Genucia nur Gegenſtand von Muthmaßungen ſein können. Möglich, daß jenes Geſetz bloß die Form der Rückforderungsklage betraf und an Stelle der bisherigen, durch die lex Genucia gewährten Klage die manus injectio ſetzte; möglich, daß es auch materiell eine Aenderung traf und dem Verbot des Einklagens das des Nehmens ſubſtituirte. Kurzum es iſt außer Zweifel, daß die älteſte Form der Repreſſion des Zinswuchers in der Klage aufs Vierfache beſtand, und daß letztere auch als Popularklage gegeben ward.

Eine intereſſante Beſtätigung des Geſagten hat uns Appian[153]) in ſeiner Erzählung der Ermordung des Prätor Aſellio aufbewahrt. Zur Zeit der Bürgerkriege ſahen ſich manche Schuldner außer Stand, die Zinſen zu zahlen, und einige von ihnen flüchteten ſich hinter das Verbot der lex Genucia, welches, obſchon gewohnheitsrechtlich längſt außer Anwendung gekommen, doch geſetzlich nie aufgehoben war, und drohten ihren Gläubigern mit der Strafe des Geſetzes. Dadurch nicht abgeſchreckt erhoben letztere Klage, und der Prätor, nachdem er vergeblich einen Güteverſuch gemacht hatte, beſtellte ihnen Richter „wechſelsweis" (κατ' ἀλλήλων), d. h. er neutraliſirte die den Gläubigern zugeſtandene Klage auf die Zinſen nach Art der geiſtlichen Gerichtshöfe des Mittelalters (Note 135) durch die den Schuldnern eingeräumte im Geſetz verheißene manus injectio (pura) aufs Vierfache.[153a]) Es ergibt ſich alſo daraus, daß die letztere Klage nicht an die Vorausſetzung einer erfolgreichen Einklagung der Forderung d. h. der in Folge der Verurtheilung geleiſteten Zahlung, ſondern an

153) App. de bello civili I. c. 54.

153a) Vielleicht dürfte der Grund der Erbitterung der Gläubiger darin gelegen haben, daß der Prätor beide Geſetze in der Weiſe combinirte, daß er während die lex Genucia bloß einfach das Zinſennehmen ohne weitere Strafandrohung verboten hatte, die in der lex Marcia auf den Wucher im Sinn dieſes Geſetzes geſetzte Strafe des Vierfachen auf jenes Geſetz hinüberzog — ein Verfahren, das allerdings ein völlig ungerechtfertigtes war.

die Erhebung der Klage geknüpft war, daß also das bloße Klagen im Sinne des Gesetzes als „exigere“ galt. Beide Processe liefen demnach parallel, sie wurden gleichzeitig instruirt, und, angenommen daß für beide derselbe Richter bestellt worden war, auch gleichzeitig entschieden [154] — ein Umstand, der die von mir behauptete Exceptionsbestimmung unserer Strafklage in ein helles Licht setzt.

5. Die lex Plaetoria über den Schutz der Minderjährigen. Den materiellen Inhalt des Gesetzes genau zu bestimmen ist hier nicht unsere Aufgabe, [155] uns interessirt nur die Form, in der es seinen Zweck zu erreichen suchte. Dieselbe ist bei ihm weniger erkennbar, als bei den vorhergehenden Gesetzen (wovon der Grund in der jüngern Form, durch die später der Prätor den Zweck des Gesetzes auf directem Wege zu realisiren suchte: der restit. in integrum gelegen sein mag), allein durch Combination verschiedener einzelner Spuren kann man sie dennoch, wie ich glaube, bis zu einem gewissen Grade der Wahrscheinlichkeit reconstruiren.

Wer Minderjährige bei Abschluß von Contracten übervortheilt hat, den trifft außer der an die Verurtheilung sich reihenden Infamie ein Vermögensnachtheil, welcher mit der Klage aus dem Gesetz (judicium legis Plaetoriae) verfolgt wird, und der schwerlich bloß in der Restitution des einfachen Betrages bestanden haben wird. [156] Die Klage wird zunächst dem Minderjährigen selbst gewährt und zwar noch ein Jahr lang nach erreichter Volljährigkeit, [157] sodann

---

154) So denkt offenbar auch Plautus Persa I. 2, 18 sich die Sache bei dem Gesetzvorschlag, den er den Saturio machen läßt: Ubi quadruplator quoipiam injexit manum, tantidem ille illi rursus injiciat manum, ut aequa parti (pacti?) prodeant ad trisviros (ed. Ritschl).

155) Ich lasse es also dahin gestellt, ob das Gesetz einzelne Geschäfte (das „credere“ bei Pseudol. I. 3. 96, das „stipulari“ bei Priscian. Gr. Inst. VIII. 4, XVIII. 19) oder schlechthin die Uebervortheilung der Minderjährigen beim Contrahiren verboten hatte.

156) Plautus (vorige Note) credere metuunt omnes.

157) Das „tempus legitimum“ der L. 19 de minor (4. 4); der Ausdruck weist, wie die aetas „legitima“, auf die Bestimmung einer lex hin.

aber auch jedem, der Luſt hat;[158]) ob erſt dann, wenn ſie für den Minderjährigen verjährt iſt, oder, wie in den Fällen der Note 139, ſchon vorher, wenn der Minderjährige ſich ihrer nicht bedienen will, muß dahin geſtellt bleiben. Wenn irgendwo, ſo war gerade bei dieſem Verhältniß die Schärfung der Klage durch Erhebung derſelben zu einer Popularklage ganz am Platz, die Schutzklage der Minderjährigen gegen betrügeriſche Contrahenten ward damit nur derſelben Auszeichnung theilhaftig, deren die zum Schutz der Unmündigen gegen ungetreue Vormünder eingeführte postulatio suspecti tutoris von jeher genoß[159]) — beide Klaſſen von Perſonen waren unter öffentlichen Schutz geſtellt.

Auf dieſe Klage beſchränkte ſich meiner Anſicht nach der Schutz des prätoriſchen Rechts, und er reichte auch hier, wie in allen oben angeführten Fällen, vollkommen aus, eine rein defenſive Hülfe (durch Nichtigkeit oder Einrede) überflüſſig zu machen. Erſt als mit dem Formularproceß die Exceptionen aufkamen, und die Anſchauung ſich Bahn brach, daß man dem, der eine Klage habe, um ſo mehr eine Exception geben müſſe (Note 39), mochte man davon auch bei der lex Plaetoria Anwendung machen und dem Minderjährigen eine Einrede gewähren. Nach Anſicht mancher Juriſten[160]) reicht aber dieſe Einrede bereits in die Zeit des Legis-

158) Ich ſchließe dies aus Cic. de nat. deor. III. 30 judicium publicum rei privatae lege Plaetoria. Daß unter dieſem Ausdruck kein Criminalverfahren zu verſtehen iſt, darüber ſollte der lex Julia munic. (tab. Heracl.) gegenüber, welche in c. 8 dieſes judicium an das über die Injurien und den Dolus anreiht und erſt ſpäter die Condemnation in einem judicium publicum erwähnt, ein Zweifel nicht möglich ſein, und es iſt Savigny, Ztſ. für geſch. R. W. B. 10. S. 243 leichter gefallen, ihn zu erheben, als zu begründen. Daß aber der Ausdruck actio publica auch für eine act. popularis vorkommt, zeigen L. 30 §. 3 de jurej. (12. 2) cf. L. 1 de popul. act. (47. 23) und die Stellen der folgenden Note. — Die Vermuthung im Text iſt gleichzeitig mit mir auch von Bethmann-Hollweg a. a. O. I. S. 94 ausgeſprochen.

159) L. 1 §. 6 de susp. tut. (26. 10) §. 3 I. de susp. tut. (1. 26) .. quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est omnibus patere.

160) Die Idee iſt zuerſt von Savigny Zeitſchr. für geſch. R. W. B. 10

Actionen-Proceſſes zurück: der Minderjährige hätte alſo durch Berufung auf das Geſetz die Klage vereiteln können. Als Form für dieſen Einwand hat man ſich, da das Zeugniß von Gajus (IV. 108) die eigentliche exceptio für das ältere Verfahren ausſchließt, die einer „proceßhindernden Sponſion" gedacht. Es wäre, meint man, über die Frage, ob eine Uebertretung des Geſetzes vorliege, eine Präjudicialſponſion (II. 79) abgeſchloſſen, ſodann darüber ein Richter beſtellt und im Fall der Bejahung der Frage die Klage gegen den Minderjährigen verſagt worden. Wenn ich dieſe Anſicht einer genauern Prüfung unterziehe, ſo geſchieht es weniger dieſes einzelnen Falles wegen, als weil man die Behauptung aufgeſtellt hat, daß der ältere Proceß ſich überhaupt dieſes Mittels bedient habe, um das Exceptionsbedürfniß zu befriedigen.

Meiner Anſicht nach iſt dieſe ganze Idee völlig unhaltbar.[160a]) Als einziger Anhaltspunkt muß ihr eine Stelle von Plautus dienen, in der ein Minderjähriger in Hinblick auf die lex Plaetoria die Erfüllung eines von ihm abgelegten Verſprechens verweigert und ſich erbietet, das Daſein der Vorausſetzungen jenes Geſetzes (doloſe

---

S. 248 ausgeſprochen und hat ſodann nur zu bereitwillige Aufnahme gefunden, ſ. z. B. auch bei Keller Röm. Civilpr. §. 36, Rudorff R. R. G. II. S. 94, und Bethmann-Hollweg Röm. Civilpr. I. S. 125. Als Vertheidiger derſelben gegen den zuerſt von mir gegen ſie erhobenen Widerſpruch, dem ſich jetzt Demelius, Münch. Krit. Vierteljahrsſch. VIII. S. 500 angeſchloſſen hat, iſt inzwiſchen aufgetreten C. Sell de exceptionum usu, qui legis actionum tempore fuerit. Bonnae 1867 p. 34 seq.

160a) Ich glaube dieſes Urtheil jetzt beſſer begründen zu können, als in der erſten Auflage, wo ich auszuführen verſuchte, daß die Worte der folgenden Note aus dem Grunde nicht als Inhalt einer sponsio genommen werden könnten, weil eine sponsio nicht wie hier (ni-ni) zweigliedrig hätte gefaßt werden können, und weil es ſtatt ni der Partikel si bedurft hätte. Erſteres iſt zwar richtig, allein offenbar iſt hier der der lex Plaetoria entnommene Einwand nur zweigliedrig ausgedrückt, nicht aber zweigliedrig oder alternativ gedacht, wie Sell richtig einwendet, und das Bedenken in Bezug auf ni ziehe ich ebenfalls auf ſeine Ausführungen hin zurück. Damit bin ich aber in der Anerkennung ſeines Verdienſtes auch am Ende, denn im übrigen dürfte die Frage durch ſeine Arbeit nicht das mindeſte gewonnen haben.

Uebervortheilung eines Minderjährigen) vor einem Richter zu beweisen.[161]) Damit soll nun ein Präjudicialverfahren über die exceptio legis Plaetoriae gemeint sein. Aber warum nicht die actio legis Plaetoriae? Letztere ist uns historisch bezeugt, von jenem Präjudicialverfahren wissen wir Nichts. Man wende nicht ein: der Schuldner hatte noch nicht gezahlt, denn in dem obigen Fall des Prätor Asellio war dies ebenfalls nicht geschehen, und so gut wie im letzten Fall konnte auch in unserem der Prätor gleichzeitig beiden Theilen einen Richter bestellen, ja nach der Art, wie einige Stellen (Note 155) sich ausdrücken, sollte man glauben, daß die Klage sofort nach Abschluß des betrügerischen Geschäfts, also ganz unabhängig von dessen Realisirung, möglich gewesen sei. So aufgefaßt, würden also die Worte bei Plautus bedeuten: bestehst Du auf Deiner Forderung, so stelle ich die act. legis Plaetoriae an. Aber mit der Klagerhebung vor Gericht sowohl von der einen als der andern Seite hat es in unserm Fall gute Weile! Denn nicht bloß daß der Gläubiger hier aus dem Grunde keine Klage erheben konnte, weil er Sklave war, und sein Herr sich noch gar nicht zu erkennen gegeben hatte, so war auch der Anspruch selber gar nicht geeignet, Gegenstand einer Klage zu werden. Denn es handelte sich hier gar nicht um ein civilrechtlich bindendes Versprechen, sondern um eidliche, also rechtlich unverbindliche Zusicherung eines Finderlohnes.[162]) Und um diesen Nicht-anspruch

---

161) Plautus Rudens V. 3, 24, 25: cedo quicum habeam judicem „ni dolo malo instipulatus sis nive etiam dum siem quinque et viginti natus annos".

162) Es ist unbegreiflich, wie Sell dies zu läugnen wagt. Hätte ihn der Ausdruck: dolo instipulatus sis, irre führen können, so mußte ihn der Vorgang selber, der ja bei Plautus (V. 2, 46 fl.) vor unsern Augen spielt, eines Bessern belehren. Hier wird nur ein Eid geschworen, von Stipulation ist keine Rede, und der Promittent tröstet sich gerade damit, daß ein Eid keine Obligation erzeuge. Auch in den Verhandlungen zwischen beiden Partheien (in Scene 5) ist von Anfang bis zu Ende nur vom Eide die Rede, und eben auf die unverbindliche Kraft desselben stützt hier der Promittent seine Weigerung,

abzuwehren, ſoll der Prätor einen judex ernennen, der präjudiciell über die excepl. legis Plaetoriae erkennt! Und zwiſchen welchen Partheien? Nicht zwiſchen dem Minderjährigen und ſeinem Gegner oder deſſen Herrn, ſondern zwiſchen ihm und „dem erſten beſten" (cedo quicum d. i. siste mihi aliquem, quocum habeam judicem).[163] Wer kann nach alle dem noch daran zweifeln, daß wir es hier nicht mit der proponirten Einleitung eines Proceſſes, ſondern mit einem jener Vorſchläge zu thun haben, wie ſie im römiſchen Leben ſo häufig waren, nämlich dem der Einholung ſchiedsrichterlicher Entſcheidung (daher mit „dem erſten beſten") über irgend einen Punkt, von dem nach Anſicht der Partheien der Anſpruch ſelber abhing.

Doch es ſei: es handle ſich hier um ein Präjudicialverfahren über die exceptio legis Plaetoriae. Von wem iſt daſſelbe eingeführt: von der lex ſelber oder vom Prätor? Die erſtere Annahme hat an ſich nichts Widerſtrebendes, denn aus Gajus (III. 123) wiſſen wir, daß man in einem andern Fall in der That dieſen Weg eingeſchlagen hatte.[163a] Aber hätte die lex Plaetoria ſich dieſer Form bedient, ſo hätte die Wirkung des Präjudiciums hier ganz dieſelbe ſein müſſen, wie in jenem Fall, nämlich die einer Befreiung ipso jure. Unter dieſer Vorausſetzung aber konnte ſelbſtverſtändlich der Einwand aus dem plätoriſchen Geſetz in ſpäterer

---

(v. 17, 21) und der Herr befiehlt ſchließlich dem Sklaven (v. 58) „gratiam jurisjurandi facere". Darauf hatte ich ſchon in der erſten Auflage aufmerkſam gemacht; welche Ausgabe von Plautus hat Sell, wenn er dies nicht hat finden können?

163) Daß dies in Form einer sponsio praejudicialis geſchehen ſolle, iſt, wie Demelius a. a. O. mit Recht bemerkt, gar nicht geſagt, vielmehr wird hier das Thema, ganz ſo wie bei Plaut. Rud. III, 4, 7 und Gaj. III. 123 (folgende Note) direct, bezeichnet; wo ſonſt eine sponsio in Ausſicht genommen wird, „provociren" ſich die Partheien zu derſelben.

163a) Permittitur sponsoribus et fidepromissoribus intra diem XXX praejudicium postulare, quo quaeratur, an ex ea lege praedictum sit, et si judicatum fuerit, praedictum ita non esse, liberantur.

Zeit nicht, wie es doch geschehen ist, [163b]) statt der civilen die prätorische Form einer exceptio annehmen. So bleibt als Urheber unserer präjudiciellen except. nur der Prätor übrig und als Zeit ihrer Einführung die Zeit des Plautus, das will sagen: dieselbe Zeit, in der das Gesetz selber erlassen worden ist.[163c]) Nun wird man zugestehen, daß das Gesetz, wenn es diesen Weg, dem Minderjährigen zu helfen, für den angemessenen erachtet hätte, es eben so leicht gehabt hätte, ihn zu wählen als den einer Strafklage aufs Vierfache; ganz dasselbe, was das obige Gesetz für die Bürgschaft, konnte die lex Plaetoria für den Minderjährigen thun. Und nachdem nun das Gesetz mit gutem Bedacht sich für den einen Weg entschieden hatte, hätte kurz darauf ein Prätor auf die Idee kommen sollen, das Gesetz in einem so wesentlichen Punkt umzugestalten? Und wozu das? Reichte die Klage aufs Vierfache nicht aus? Im Gegentheil, sie war wirksamer, als die exceptio, jene Neuerung des Prätors hätte also keine Verbesserung, sondern eine Abschwächung des Gesetzes bewirkt. Und das zu derselben Zeit, wo das Gesetz eben ins Leben getreten war, und wo der Legisactionenproceß in voller Blüthe stand? Nahm der Prätor an der Strafklage Anstoß? Noch ein Jahrhundert später gab der Prätor Asellio in dem entsprechenden Fall der lex Marcia die alte Klage aufs Vierfache; warum gab nicht auch er lieber die präjudicielle exceptio? Und die folgenden Prätoren hätten diesen wunderlichen Einfall billigen, und die Neuerung hätte sich in so kurzer Zeit einbürgern sollen, daß unser Schuldner bei Plautus die Präjudicialeinrede aus dem plätorischen Gesetz als etwas ganz Bekanntes in Bezug nehmen konnte? Dies ist historisch völlig undenkbar! Jene ganze Idee ist nichts als ein handgreiflicher Anachronismus, sie

---

163b) L. 7 §. 1 de exc. (44. 1) exceptio . . . pro minore viginti-quinque annis circumscripto.

163c) Die Vertheidiger jener Ansicht selber sind darüber einig, daß das Gesetz „von Plautus im Pseudolus I, 3, 69 als ein neues Gesetz behandelt wird" Rudorff R. G. I. S. 97. Puchta Cursus der Instit. §. 299, Note f.

verlegt ins ſechſte Jahrhundert, was ins achte oder in ein noch ſpäteres gehört.

Mit den bisher erörterten Fällen iſt meines Wiſſens das Material, das die Quellen uns für unſere proceſſualiſche Strafklage darbieten, erſchöpft, [164]) und ich will den Eindruck deſſelben durch leere Vermuthungen über andere mögliche Fälle und Fragen, für deren Beantwortung es an poſitiven Anhaltspunkten fehlt, nicht abſchwächen. So möge denn auch die Frage nur angeregt, nicht beantwortet werden, ob nicht die eventuelle Strafe des Vierfachen bei der prätoriſchen actio quod metus causa mit der Idee des älteren Rechts zuſammenhängt, daß der Strafe des Vierfachen verfällt, wer einen an ſich beſtehenden, aber vom Geſetz gemißbilligten Anſpruch geltend zu machen ſucht und damit ſich offen gegen das Geſetz auflehnt (ſ. Note 138).

Die zweite der oben (S. 108) genannten beiden Klaſſen von Defenſionsklagen ſoll, wie bereits bemerkt, hier nur ſo weit erörtert werden, um ſie von der ſo eben betrachteten zu unterſcheiden.

Ihre Aehnlichkeit liegt in dem angegebenen Moment des Defenſionszweckes, ihre Verſchiedenheit darin, einmal daß dieſer Zweck nicht ihre ausſchließliche Beſtimmung bildet, ihr Gebiet und ihre Function erſtreckt ſich vielmehr ungleich weiter, und ſodann daß ſie auch in jener Richtung die exceptio nicht in der Weiſe erſetzt und überflüſſig macht, wie es die Strafklage that. Dem Kläger, der ſich der Rückſicht auf ſie entſchlägt, droht keine Strafe, die einzige Folge die ihn trifft, iſt die Verpflichtung zur Zurückgabe

164) Nicht hierher gehören 1) die bei Plaut. Truc. IV. 2, 47—49 erwähnte act. popularis mit manus injectio aufs Vierfache gegen eine Buhlerin, „quae adversum legem (nach Festus: muneralis, von Plautus an einer andern Stelle „lex lenonia“ genannt) (accepit) a plurimis pecuniam“, 2) die nach Dio Cassius 54, 18 durch Auguſt eingeführte Klage aufs Vierfache gegen Redner, welche mit Uebertretung der lex Cincia Geſchenke angenommen hatten, 3) die im Edict (L. 1 pr. de calumn. 3. 7) gewährte act. aufs Vierfache wegen calumnia. Denn alle dieſe Klagen hatten nicht den Zweck, indirect die Ausübung eines an ſich zuſtändigen Forderungsrechts zu verhindern, ſondern ein turpiter acceptum zu beſtrafen.

— eine Folge, derentwegen er nicht vor Anstellung der Klage zurückzuschrecken braucht, um so weniger, da es immer noch fraglich bleibt, ob der verurtheilte Beklagte sich der Klage wirklich bedienen wird.

In allen den Fällen, in denen sie Statt findet, gibt das neuere Recht dem Beklagten eine exceptio (Note 39), die Klage ist daher in dieser Richtung d. h. als Surrogat für die exceptio überflüssig geworden. Ein Gleiches aber läßt sich für das ältere Recht, insoweit es diese Klage kannte, nicht behaupten, und wenn man sonst nicht von der Voraussetzung ausgeht, die ich nicht theilen kann, daß alle jene Klagen (z. B. auch die Condictionen) erst der späteren Zeit des Formularprocesses angehören, so gelangt man zu dem Schluß, daß der ältere Proceß, solange er noch an dem Grundsatz: ein Proceß, eine Frage festhielt und die Exceptionen ausschloß, denselben Zweck, für den das neuere den Weg der Klage und der Einrede öffnet, lediglich in Form der Klage verfolgt hat. Dieser Weg entspricht ganz dem, was wir im übrigen vom älteren Recht wissen, und zwar nicht etwa bloß insofern, als er im Vergleich zu dem kürzeren Wege der exceptio ein Umweg, letzterer aber historisch überall der frühere ist,[165] sondern auch insofern, als er in vielen Fällen durch die Idee der strengen processualischen Gerechtigkeit, durch die das ältere Recht sich in so hohem Maße leiten ließ (S. 51 fl.), entschieden geboten ist. Die Tendenz des späteren Rechts, den einen Weg mehr und mehr durch den andern zu ersetzen, gereicht, wie ich schon früher bemerkte, demselben keineswegs zur Ehre, und Justinian oder seine Gehülfen haben ihre ver-

---

165) Nicht selten stellt man sich das Verhältniß beider Rechtsmittel zu einander gerade entgegengesetzt vor, indem man, mit falschem Schluß von der Stelle in Note 39, in der act. das stärkere, in der except. das schwächere Rechtsmittel erblickt, allein ich gebe mich der Hoffnung hin, daß meine bisherigen Ausführungen über den Mechanismus des altrömischen Processes den Nachweis geliefert haben, daß von seinem Standpunkt aus eine Anfechtung auf dem Wege der Klage ungleich früher möglich war, als auf dem der Einrede. Derselben Ansicht ist auch Bähr Anerkennung S. 94 Note 6 und in den Jahrbüchern für Dogmat. II. S. 376, 378.

meintliche Ueberlegenheit über die ältere Jurisprudenz in sehr zweifelhafter Weise documentirt, wenn sie, befangen von dem Eindruck der Weitläuftigkeit, den dieser Mechanismus auf sie ausübte, dem ältern Recht den Vorwurf machen: [166]) dasselbe habe in widersinniger und höchst unzweckmäßiger Weise durch die eine Klage genommen, was es mit der andern gegeben — jeder Jurist aus der alten Zeit würde dem Tadler die Augen haben öffnen können!

Ueberschauen wir jetzt den gesammten Inhalt dieses Paragraphen, so wird der Ausspruch des Gajus, den wir an die Spitze desselben gesetzt haben: „nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum", nicht bloß in dem Sinn seine Erklärung gefunden haben, daß das alte Recht keine eigentlichen Exceptionen gekannt, sondern auch in dem, daß es an Stelle derselben etwas anderes besessen, mit dem es ganz dasselbe ausgerichtet hat, wie das neuere mit den Exceptionen.

Wir haben das Ziel, das wir uns früher gesteckt, und das uns von §. 50 an beschäftigt hat: den analytischen Mechanismus des alten Processes zur Anschauung zu bringen, erreicht, und es wird jetzt an der Zeit sein, uns über den Werth und Unwerth der ganzen Einrichtung zu verständigen.

Der erste Eindruck, den dieselbe meines Erachtens in jedem Unbefangenen hervorrufen muß, ist der der Bewunderung über die außerordentliche Gewandtheit und Kunst, von der sie Zeugniß ablegt. In meinen Augen ist sie ein Kunstwerk, dem ich nichts, was die Geschichte des Processes zu irgend einer andern Zeit bietet, an die Seite zu setzen wüßte, und dem gegenüber namentlich der heutige Proceß sehr in den Schatten tritt — ein Kunstwerk, bei dem die höchste Einfachheit des Grundgedankens sich paart mit der bewun-

166) L. 2 Cod. de const. pec. (4. 18) .... secundum antiquam receptitiam actionem res exigebatur, etiam si quid non fuerat debitum, cum satis absurdum et tam nostris temporibus quam justis legibus contrarium sit permittere per actionem receptitiam res indebitas consequi et iterum multas proponere condictiones, quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt.

dernswürdigsten Consequenz seiner Durchführung und einer in Auffindung der richtigen Mittel unerschöpflichen Erfindungskraft, die äußerste Feinheit der Detailarbeit mit der größten Solidität und der klarsten Durchsichtigkeit seiner ganzen Anlage — kurz eine durch ihre Einfachheit wie ihre Kunst gleich ingeniöse Maschine!

Aber was kümmert uns der Kunstwerth beim Proceß, wird man mir einwenden, welchen Werth hat alle Kunst, wo es nur auf einfache Brauchbarkeit und Zweckmäßigkeit ankommt? Hier wird ja die Kunst zur Künstelei. Und ist nicht gerade die Rücksicht der Zweckmäßigkeit und Bequemlichkeit durch die Weitläuftigkeiten, Umwege, Wiederholungen, zu denen der alte Proceß nöthigte, entschieden verläugnet? Der Weg, den das alte Recht den streitenden Theilen öffnete, gleicht dem Geleise der Eisenbahn, es sind eiserne Schienen, in denen die Bewegung unabänderlich in der vorgeschriebenen Richtung sich vorwärts bewegen muß. Keine Abweichung zur Seite, kein Anhalten! Auch an solchen Punkten, wo sich die Möglichkeit böte, die Sache definitiv zu Ende zu bringen, schießt der Zug unaufhaltsam vorbei, und es bedarf, nachdem er am Ziele angelangt ist, einer neuen Fahrt, neuer Kosten, neuen Zeitverlustes, um das Versäumte nachzuholen.

Gewiß! das sind die Nachtheile der Einrichtung; aber es frägt sich nur, ob sie nicht, wie bei der Eisenbahn, durch die Vortheile überwogen werden — oder richtiger gesagt: im alten Rom wurden; denn wir müssen die Einrichtung nicht messen mit dem Maße der heutigen, sondern der altrömischen Zeit. Wo, wie heutzutage, die Führung eines Processes mit großen Kosten verbunden ist, fällt der Kostenpunkt allerdings schwer ins Gewicht, und die Rücksicht der Kostenersparniß scheint dafür zu sprechen, das gesammte Streitmaterial mit einem Male abzuthun. [167] Allein ich möchte auch hier die Frage aufwerfen: wird das Maß der Arbeit, nach dem sich doch die Kosten bestimmen, geringer, wenn dieselben

167) Plank Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 70, 90; über die von ihm gleichmäßig betonte Rücksicht auf Zeitersparniß s. u.

Rechtsfragen gemeinſchaftlich, als wenn ſie iſolirt behandelt werden? Ich behaupte: es wird größer, denn je mehr Fragen ſich häufen, um ſo mehr ſteigt die Schwierigkeit; zu der Arbeit, die jede einzelne erfordert, geſellt ſich noch als Zugabe die hinzu, alle dieſe Fragen auseinander zu halten. Wer zehn Gegenſtände mit leichter Mühe hinter einander zu heben vermag, erliegt unter der Laſt, wenn er ſie mit einem Male heben ſoll. Dazu kommt noch Folgendes. Wo der Häufung des Streitmaterials keine Gränze geſetzt iſt, wird, wie die tägliche Erfahrung unſeres Proceſſes lehrt, neben den Gründen und Geſichtspunkten, von denen die Parthei ſich allein den Sieg verſpricht, noch eine Maſſe anderer völlig nichtiger und haltloſer zuſammengetragen: Einreden des Zwangs, Betrugs, Irrthums u. ſ. w., an welche die Parthei ſelber nicht glaubt, gleich als gelte es, die Gelegenheit zu benutzen, um koſtenfrei auch Ballaſt zu befördern. Aber der Ballaſt wiegt eben ſo ſchwer und koſtet eben ſo viel, als das Werthobject! Wie ſehr würde manche Parthei ſich beſinnen, von dieſem Material Gebrauch zu machen, wenn dies nicht mehr in einem und demſelben, ſondern, wie im alten Rom, nur in Form verſchiedener Proceſſe möglich wäre! Wie wenige von allen jenen Einreden, über die täglich auf Koſten der Partheien viel hin und her geſtritten wird, würden als Klagen zum Vorſchein kommen! Der Mechanismus, den der altrömiſche Proceß beſaß, und den auch der heutige für manche Verhältniſſe in Anwendung bringt, verringert mithin die Koſten, anſtatt ſie zu erhöhen, denn er ſchneidet eine Menge werthloſen Streitmaterials von vornherein ab. Um den vermeintlichen Vortheil der Koſtenerſparniß erkaufen wir heutzutage Proceſſe, die einem Laſtwagen gleich das ganze Material von möglichen und unmöglichen Klagen und Einreden beider Partheien in ſich aufnehmen müſſen, und mühſam ſich aus der Stelle ſchleppend und ſtets in Gefahr, die Ladung durch Unordnung und Verwirrung zu beſchädigen, nicht ſelten erſt am Ziele anlangen, nachdem Richter, Rechtsbeiſtände und Partheien die Ueberſicht, Geduld und das Leben verloren haben.

Neben dem Koſtenpunkt fällt auch der durch den Proceß veran-

laßte Zeitverlust schwer ins Gewicht. Wo der Proceß, wie im alten Rom, auf mündliche Verhandlung und folglich persönliches Erscheinen der interessirten Personen gebaut ist, scheint der Einwand, den Plank (Note 167) gegen das Princip der processualischen Isolirung der Streitsachen erhebt, „daß nämlich getrennte Rechtsstreitigkeiten doppeltes Kommen und doppelte Termine veranlassen", vollkommen begründet. Aber der Werth der Zeit ist nicht überall derselbe; daß Zeit Geld ist, gilt nur für Personen, welche arbeiten, denn nur Arbeit ist Geld. Für den, der arbeitet, ist die Frage von dem durch den Proceß veranlaßten Zeitaufwand nicht eine Frage der bloßen Bequemlichkeit, sondern des materiellen Verlustes, und es wird daher begreiflich, daß die Entwicklung der Industrie, des Handels, kurz der Arbeit nicht umhin gekonnt hat, die Proceßorganisation im Interesse der Zeitersparniß zu beeinflussen. An die Stelle des eigenen Erscheinens der Parthei tritt die Vertretung durch Sachwalter, welche in einem einzigen Termin die Geschäfte von vielen Partheien versehen, an die der Mündlichkeit und des persönlichen Erscheinens vor Gericht die Schriftlichkeit. Das gesammte Streitmaterial von beiden Seiten wird möglichst in ein Verfahren zusammengefaßt.[167a])

Diese Rücksichten waren jedoch nicht maßgebend in einem Gemeinwesen, wie im alten Rom, wo von der ländlichen Arbeit abgesehen nur die Zeit des Sklaven Geld war, und auch die ländliche Arbeit dem freien Bauern Zeit genug übrig ließ, bei seinem Marktgange nach Rom zugleich seine Rechtsstreitigkeiten zu versehen. Das Interesse einer durch veränderte Proceßorganisation zu erreichenden Zeitersparniß, das Gewicht der Frage, ob Kläger und Beklagter in Form eines oder zweier und mehrerer Processe ihren Streit austragen müssen, würde hier kaum verstanden worden sein.

Aber das Verständniß drängte sich unabweisbar auf, als das

167a) Darauf zielt auch die exceptio litis dividuae und residuae des neuern Processes.

Staatsgebiet von Jahr zu Jahr sich ausdehnte, und die Entfernungen wuchsen. Dieser Umstand, der für das gesammte Recht, soweit es mit dem persönlichen Erscheinen zusammenhängt, einen so fühlbaren Einfluß geäußert hat (II. 650), mußte in Verbindung mit dem in gleichem Schritt mit der Cultur steigenden Werth der Zeit und dem Hang zur Bequemlichkeit auch eine entsprechende Veränderung der Proceßorganisation zur Folge haben. Jetzt war es nicht mehr gleichgültig, ob jeder selbst kommen mußte oder einen Sellvertreter schicken durfte, ob der Beklagte seine Sache mittelst Exceptionen in einem Proceß erledigen konnte, oder nach alter Weise mittelst eines besonderen Processes. Ob das spätere römische Recht dieser Rücksicht aber nicht auf Kosten anderer nicht minder gewichtiger Interessen einen ungebührlichen Einfluß vergönnt hat, das ist eine Frage, auf die ich mir die Antwort für das dritte System vorbehalte.

So schrumpfen also die scheinbaren Gebrechen des alten Processes vom Standpunkt der damaligen Zeit fast auf Nichts zusammen, und wenn einmal der Werth einer Einrichtung sich nach dem Verhältniß ihrer Vortheile und Nachtheile bestimmt, so wird das Urtheil über den Werth des altrömischen Processes — ich meine nicht bloß seinen Kunstwerth, sondern auch seinen praktischen Werth für das römische Leben — nicht lange zweifelhaft sein können.

Die genaue Sonderung der verschiedenen Seiten des Rechtsverhältnisses: der Ansprüche und Gegenansprüche, die größtmöglichste Beschränkung und zugleich die schärfste Präcisirung der Streitfrage, die Fixirung der richterlichen Aufmerksamkeit auf den wesentlichen Punkt, bis zur Unmöglichkeit des Abirrens, die Einfachheit, Raschheit und Sicherheit der Proceßmaschinerie — das sind die Eigenschaften, die den praktischen Werth des altrömischen Processes bestimmen und ihn für immer nicht bloß zu einem höchst anziehenden Gegenstand historischer Untersuchung, sondern zugleich zu einer überaus werthvollen Quelle der Belehrung erheben. Aber freilich wenn irgendwo der Satz gegolten hat: jus civile vigilan-

tibus scriptum est,[168] so war es im alten Proceß. Zum bequemen Sichgehenlassen war die Maschine nicht eingerichtet. So geringe Anforderungen sie an den Richter stellte, dem die Frage zur Beantwortung überwiesen war, so hohe an den Magistrat und die Partheien. Wenn *sie* sich versahen, wenn die Parthei rechtzeitig eines Umstandes zu gedenken vergaß, der auf die Wahl der Klagformel von Einfluß hätte werden können, oder wenn eine Fragstellung gewählt ward, die dem Stande der Sache nicht adäquat war, kurz wenn der Proceß bei der Instruction vor dem Magistrat, auf der recht eigentlich der Schwerpunkt des ganzen Verfahrens beruhte, durch ungeschickte Hände in eine verkehrte Bahn geleitet ward — dann allerdings rollte er unaufhaltsam fort, und das kleinste Versehen rächte sich durch den Verlust der ganzen Sache. Aber das ist ein Fehler, wenn man ihn einmal so nennen will, der von der Idee des *Processes* unzertrennlich ist, und der in unserm heutigen Proceß nicht minder wiederkehrt, als im spätern Formularproceß. Gleichwohl genügte er, um die Beschreitung des Rechtswegs ohne einen erfahrenen Führer zu einem höchst mißlichen Unternehmen, m. a. W. um den *Juristen* unentbehrlich zu machen.[169] Daß seine Hülfe gern gewährt ward, schloß nicht aus, daß nicht der Laie den Druck dieser Nothwendigkeit empfand, und wenn sich die Sage bilden konnte, die Juristen hätten in alter Zeit aus dem Recht ein Geheimniß gemacht, so wird dies jedem, der mir bisher gefolgt ist, vollkommen begreiflich erscheinen.

Wer den hohen Einfluß zu würdigen weiß, den knappe, strenge Formen auf die innere Entwicklung des Rechts ausüben, für den wird es weder einer Ausführung, noch Rechtfertigung bedürfen, wenn ich schließlich mein Urtheil über die historische Bedeutung des altrömischen Processes für die *Gesammtentwickelung des römischen Rechts* in den Satz zusammenfasse: *was der Körper für den Geist, das war die analytische*

168) L. 24 i. f. quae in fraud. (42. 8).

169) Darüber habe ich mich schon §. 42 ausgesprochen.

Structur des Proceſſes für die Analytik der Begriffe — ohne den altrömiſchen Proceß gäbe es muthmaßlich kein heutiges römiſches Recht.

B. Das Rechtsgeſchäft.

Correſpondenzverhältniß in der Structur des Proceſſes und Rechtsgeſchäfts. — Der Grundſatz der Einfachheit des Rechtsverhältniſſes. — Der Gedanke der Concentration des Rechtsgeſchäfts: Simultaneität des Akts, des Thatbeſtandes und der Wirkungen (Bedingung und dies).

LIII. Das Rechtsgeſchäft iſt die Form, in welcher der ſubjective Wille innerhalb der ihm vom Recht angewieſenen Schranken ſeine rechtſchöpferiſche Thätigkeit entfaltet. Nur inſoweit er dieſe Gränzen innehält, ſchafft er wirklich; darüber hinaus bleibt ſein Handeln entweder jeder Wirkung beraubt, iſt ein leerer, nichtiger Akt, oder die Wirkung kehrt ſich als negative gegen ihn, nämlich als Verpflichtung, das Geſchehene ungeſchehen zu machen (Strafe, Schadenserſatz), jenes, wenn der Wille ſich mit einem Rechtsbegriff, dieſes, wenn er ſich mit einem Verbot in Widerſpruch befindet — über den Rechtsbegriff hinaus gibt es kein rechtliches Können, über das Verbot hinaus kein Dürfen.

Bezeichnen demnach die Rechtsbegriffe das Maß und den Umfang des Könnens, ſo gewähren ſie damit zugleich die Mittel zur analytiſchen Beſtimmung deſſelben: die Analyſe des Rechtsgeſchäfts beruht auf der der Begriffe. Nur dadurch, daß das Rechtsgeſchäft auf vorhandene Begriffe zurückgeführt werden kann, gewinnt es rechtlichen Beſtand, denn was nicht abſtract möglich iſt, kann auch nicht concret wirklich werden. Das Gebiet des Möglichen aber fällt zuſammen mit der Summe der anerkannten Rechtsbegriffe. Die Vorausſetzung für das rechtliche Handeln iſt eben eine ganz

andere, als für das factische; letzteres ist erlaubt, wenn es nicht verboten ist. Aber diese bloß negative und abstracte Voraussetzung der Abwesenheit eines Verbots ist für das Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit eben nicht wie die des factischen Handelns auf einem körperlichen Druck, sondern auf geistiger Kraft beruht, nicht ausreichend, sondern seine Voraussetzung ist wesentlich positiver Art.

Beruht die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts auf seiner Reducirbarkeit auf bekannte Begriffe, seiner analytischen Löslichkeit, versagt m. a. W. der Jurist die Anerkennung jedem Rechtsgeschäft, das er sich nicht denken kann, so scheint damit der Verkehr in höchst bedenklicher Weise von dem „Denken" des Juristen in Abhängigkeit gesetzt worden zu sein. Das Bedürfniß und die Erfindungskraft des Verkehrs reichen stets weiter, als das juristische Denken; letzteres ist stets, so paradox es klingen mag, hinter der Zeit und dem Leben zurück, so wie das Bewußtsein zurück ist hinter dem Gefühl; wie also kann man verlangen, daß erstere sich letzterem unterordnen sollen? In Wirklichkeit ist dies aber auch keineswegs der Fall, denn wo zwischen beiden ein Widerspruch besteht, und die Jurisprudenz nicht etwa schon durch geschickte Benutzung des vorhandenen Materials denselben zu schlichten vermag, wovon uns die juristische Oekonomie des alten Rechts (§. 56) Beispiele in reicher Menge bringen wird, bleibt der Jurisprudenz eben nichts übrig als sich dem Drange des praktischen Lebens zu fügen und ihr Denken, ihren geistigen Horizont entsprechend zu erweitern. Die ersten Regungen, Ansätze und Versuche zur Einführung des Neuen mögen immerhin an dem Widerstande der Jurisprudenz scheitern, dem fortgesetzten Andrängen hält derselbe nirgends Stand.

Das Erforderniß der analytischen Löslichkeit des Rechtsgeschäfts enthält keine Beschränkung in Bezug auf die Zahl und die Art der zu einem und demselben Rechtsgeschäft zu combinirenden Begriffe. Die verschiedenartigsten Rechtsverhältnisse lassen sich, insofern keine besonderen Formvorschriften für sie aufgestellt sind, durch einen und denselben Akt ins Leben rufen, so daß also

z. B. Uebertragung des Eigenthums,[170] Bestellung von Servituten und Hypotheken, Begründung von Obligationsverhältnissen, Cession von Forderungen, Aufgabe von Rechten aller Art zu einem einzigen Rechtsgeschäft zusammengefaßt werden dürfen.

Aber ist ein solches Rechtsgeschäft in der That ein einziges zu nennen? Legt man den obigen Gesichtspunkt, daß die Analytik der Rechtsgeschäfte und folglich ihre Individualität in den Rechts*begriffen* ruht, zu Grunde, so wird man die Frage verneinen und vielmehr sagen müssen: es liegen hier so viel Rechts*geschäfte* als Rechts*verhältnisse* vor, jene werden zwar sämmtlich durch einen und denselben äußern Akt vollzogen, allein dies schließt für sie die Möglichkeit und Nothwendigkeit einer Unterscheidung eben so wenig aus, wie die Verbindung mehrerer Klagen zu einer einzigen Klagschrift — es gibt *einfache* und *combinirte* Rechtsgeschäfte, der Begriff der *Cumulation* der *Klagen* findet sein Seitenstück an der Cumulation mehrerer *Rechtsgeschäfte* zu einem einzigen.

Die historische Entwickelung beider Begriffe im römischen Recht hat nicht gleichen Schritt gehalten. Während noch die neuere Jurisprudenz im Ganzen und Großen an dem hergebrachten Verbot der *Klagen*cumulation festhält (S. 34), hat sie dagegen für das Rechtsgeschäft, insoweit sie freie Hand hatte d. h. für die formlosen Verträge und Akte des neuern Rechts, dem Gedanken der Cumulation keinen Widerstand entgegengesetzt. Diese Verschiedenheit hängt damit zusammen, daß die Strenge der Disciplin nicht bloß dem Proceß *nöthiger* ist, als dem Leben, sondern daß sie sich für ihn zugleich leichter *erzwingen* läßt. Mit dem Verschwinden der meisten römischen Geschäftsformen im justinianeischen und heutigen Recht hat die Möglichkeit einer Cumulation der Rechtsgeschäfte noch beträchtlich an Ausdehnung gewonnen, und es sind fast nur noch das Testament und die modernen Formen des Handels- und Seerechts, welche sich ihr entziehen.

170) Selbst ohne den äußern Akt der Tradition durch die traditio brevi manu und das constitutum possessorium.

Mit welchen Augen die altrömische Jurisprudenz sie betrachten mußte, werden wir nicht erst zu sagen haben. Eine Jurisprudenz, die den Grundsatz der analytischen Einfachheit, den Gedanken, daß das, was *begrifflich* eins ist, sich auch bei seinem äußern Auftreten in concreter Gestalt als solches erweisen müsse, bei der Organisation des processualischen Verfahrens mit solcher eisernen Consequenz zur Geltung gebracht hatte, wäre auf halbem Wege stehen geblieben, wenn sie sich bei der Gestaltung der Ordnung des Rechtsgeschäfts seiner hätte entschlagen wollen. Wenn man einmal dem Proceß die Einrichtung gab, daß nur ein einfaches Rechtsverhältniß Zutritt zu ihm finden konnte, was lag näher, als den Zersetzungszwang rückwärts über den Proceß hinaus so weit zurückzuerstrecken, als man es in der Hand hatte, d. h. bis zur Begründung des Rechtsverhältnisses durch Rechtsgeschäft? Was im Proceß sich scheiden mußte, warum sollte es im Rechtsgeschäft vereint sein? Erst wenn letzteres demselben Gesetz der Analyse unterworfen war, das für jenen galt, war dem Keim der Unordnung und Verwirrung, die jede Vermischung verschiedener Rechtsverhältnisse in sich schließt, gründlich vorgebeugt. *Rechtsbegriff*, *Rechtsgeschäft* und *Rechtsverfolgung* oder *Klage* bilden unter dieser Voraussetzung *eine* fortlaufende Linie, oder richtiger drei sich streng aneinander anschließende und sich deckende Größen: die dialektische Fortbewegung eines und desselben Gedankens.

In der That hat die ältere Jurisprudenz diesen höchst einfachen und nicht minder fruchtbaren und genialen Gedanken mit ihrer bekannten Energie erfaßt und verwirklicht. Rücksichtlich der Klage ist dies früher nachgewiesen, rücksichtlich des Rechtsgeschäfts soll es an dieser Stelle geschehen.

Die Congruenz zwischen der Klage und dem Rechtsgeschäft beschränkt sich aber keineswegs auf diese ihre gemeinsame Uebereinstimmung mit dem Begriff, den sie verwirklichen, so daß sie unter sich nur gleich wären, weil sie mit einem Dritten gleich sind, sondern sie erstreckt sich auch auf das, worin sie durch den Begriff nicht weiter beeinflußt werden: das rein Mechanische ihrer Structur.

Schon bei einer andern Gelegenheit, nämlich in Bezug auf das Formelwesen (II. 609), ist das Correspondenzverhältniß zwischen der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung des Rechts von uns nachgewiesen worden. Dieses wiederholt sich nun bei der gegenwärtigen Gelegenheit in einer Weise, daß man über die Absicht und Planmäßigkeit desselben gar nicht im Zweifel sein kann. Die Verwandtschaft der analytischen Structur des Processes und des Rechtsgeschäfts documentirt nicht bloß die Gemeinsamkeit ihrer beiderseitigen *Abstammung* von denselben Meistern, sondern ungleich mehr als das: die Gemeinsamkeit oder richtiger Gegenseitigkeit ihrer *Bestimmung* — beide sind gegenseitig auf einander *berechnet*, es besteht zwischen ihnen kein bloßer Parallelismus, sondern ein *Correspondenzverhältniß*.

Die Erkenntniß dieses Verhältnisses ist für die Reproduction der Theorie des alten Rechtsgeschäfts von maßgebendem Einfluß; mittelst ihrer wird es uns möglich werden, aus den bloßen Bruchstücken, welche uns überliefert sind, *ein* Ganzes herzustellen und die Lücken des Materials zu ergänzen, vor allem aber zu scheiden, was von der Theorie des Rechtsgeschäfts der alten, und was der neuen Zeit angehört. In unsern Quellen liegt beides ungeschieden nebeneinander: bei *diesem* Verhältniß die Einschärfung einer Regel, die bei *jenem* hintenangesetzt wird, bei demselben Institut Strenge in der einen und Nachgiebigkeit in der andern Richtung. Nur innere Kriterien: die Erkenntniß des Gegensatzes der älteren und neueren Methode, können hier einen Anhaltspunkt liefern, um künstlich diesen Knäul von Rechtssätzen, die ganz verschiedenen Epochen der Jurisprudenz entstammen, zu entwirren.

Die zwei Grundgedanken der processualischen Analytik bestanden, wie früher gezeigt, in dem durch das Actionensystem gesicherten Grundsatz der *Einfachheit* des Rechtsverhältnisses (§. 51), oder negativ ausgedrückt: in der Unzulässigkeit der Klagencumulation und in dem Gedanken der *Concentrirung* der gesammten processualischen Action auf den Moment der Litiscontestation (S. 24). Ueberzeugen wir uns, daß beide Grundgedanken mit den

eigenthümlichen Modificationen, welche die beſondere Natur des Rechtsgeſchäfts mit ſich brachte, in der Structur des letztern ſich wiederholen.

I. Grundſatz der Einfachheit des Rechtsverhältniſſes.

Wenn ich früher die römiſche Actio ſowohl in formeller als materieller Beziehung als *Individuum* bezeichnet habe (II. 38 III. 32), ſo darf ich denſelben Ausdruck auch auf das Rechtsgeſchäft anwenden. Das Individualitätsmoment beider beruht auf dem Recht, das ſie zum Gegenſtande haben; derſelbe Grundſatz, den wir für den Proceß nachgewieſen haben: *ſo viel Anſprüche, ſo viel Klagen*, gilt auch für das Rechtsgeſchäft: *ſo viel Anſprüche, ſo viel Rechtsgeſchäfte*.

Soll dieſe Behauptung richtig ſein, ſo muß nicht bloß die Cumulation *ungleichartiger* Geſchäfte, z. B. der Eigenthumsübertragung und der Begründung von Servituten und Obligationen, ſondern auch die *gleichartiger* Geſchäfte wie z. B. der Uebertragung *mehrerer* Sachen oder der Beſtellung *mehrerer Servituten* durch *einen* Mancipationsakt ausgeſchloſſen geweſen ſein. Unterſuchen wir, ob dies wirklich der Fall war.

Das neuere römiſche Recht kennt gewiſſe Verhältniſſe, bei denen die zwei Grundelemente des Rechts, welche ſonſt ſo weit auseinander gehen, das dingliche und obligatoriſche, ſich zu *einer* ſyſtematiſchen Einheit verbinden, nämlich das pignus, die superficies und die emphyteusis. Beide Seiten dieſer Verhältniſſe, die dingliche (das jus in re) und die obligatoriſche (der Contract) werden hier durch einen und denſelben Akt ins Leben gerufen, *können* es wenigſtens. So das *neuere* Recht; ganz anders aber das *ältere*. Das Verhältniß, bei welchem dem ältern Recht die Combination des dinglichen und obligatoriſchen Elements zuerſt entgegentrat, war der *Uſusfructus*. Die Art, wie es dieſe Combination techniſch vollzog, iſt von der des neuern Rechts völlig abweichend; anſtatt wie letzteres die beiden Elemente zur Einheit des

Akts zuſammenſchmelzen zu laſſen, hält es dieſelben, wie ſie im Begriff innerlich geſchieden waren, ſo auch im Rechtsgeſchäft äußerlich auseinander, d. h. es erfordert für jedes derſelben einen beſonderen Akt, für das jus in re die in jure cessio, für das Obligationsverhältniß die Stipulation (cautio usufructuaria). Man wende nicht ein, daß die Verbindung des dinglichen und obligatoriſchen Elements beim Uſusfructus eine minder innige ſei, als bei den drei andern Verhältniſſen. Das obligatoriſche Band iſt dem einen Verhältniß ganz eben ſo nothwendig und unentbehrlich wie dem andern.[171]) Die Verſchiedenheit ihrer Structur läßt ſich mithin nur auf techniſche Gründe zurückführen, und ſie iſt um ſo bezeichnender für die Methode der Jurisprudenz, als ja das Verhältniß ſelber der unbefangenen Betrachtung nicht minder den Eindruck der Einheit macht, als die oben genannten Verhältniſſe — die Verſchiedenheit ihrer Structur hat durchaus keinen innern, ſondern lediglich einen hiſtoriſchen Grund, ihr erſtes Auftreten und die daran ſich reihende techniſche Geſtaltung fällt in zwei ganz verſchiedene Perioden der juriſtiſchen Technik.

Aber dieſe Auffaſſung hat noch erſt ihre Probe zu beſtehen. Läßt ſich aus dem ältern Recht nur ein einziges Beiſpiel beibringen, in dem ein und derſelbe Akt zugleich dingliche und obligatoriſche Wirkungen hervorbrachte, ſo iſts um die Richtigkeit jener Auffaſſung geſchehen. Und in der That ſcheint der bekannte, bereits oft erwähnte (II. 515 u. a.) Satz der XII Tafeln über die verbindende Kraft der bei Gelegenheit der Mancipation, alſo der Eigenthumsübertragung verlautbarten obligatoriſchen Beſtimmungen ein ſolches Beiſpiel zu gewähren.

Die einzige quellenmäßig bezeugte obligatoriſche Wirkung, welche ſich an die Mancipation knüpfte, beſtand in der actio auctoritatis: der Klage aufs Doppelte im Falle der Entwährung.

171) L. 6 pr. ut in poss. (36. 4), L. 1 L. 4 Cod. de usufr. (3. 33), L. 7 Cod. ut in poss. (6. 54). R. Elvers Die römiſche Servitutenlehre. S. 554 ff.

Wäre diese Klage in Wahrheit eine Wirkung der Mancipation als solcher gewesen, so hätte sie in allen Fällen der Mancipation eintreten müssen, einerlei ob die letztere auf Grund eines Kaufs oder einer Schenkung erfolgt wäre. Dies war aber keineswegs der Fall. Jene Klage nämlich war vielmehr bedingt durch zwei der Mancipation völlig fremde Voraussetzungen, die: daß die Mancipation in Folge eines Kaufcontracts erfolgt und die: daß der Kaufpreis bezahlt war. Demnach bildete die Mancipation für sie nicht den Grund, sondern bloß eine ihrer Voraussetzungen, und so wenig man die Usucapion darum, weil sie unter ihren Voraussetzungen ein obligatorisches Geschäft (titulus) zählt, als Wirkung der Obligation bezeichnen darf, eben so wenig die obige Klage als Wirkung der Mancipation. Am richtigsten dürfte man in ihr wohl eine qualificirte Diebstahlsklage erblicken. [171a]) Der Verkäufer hat durch das Geschäft den Käufer um den Kaufpreis gebracht, ein furtum nec manifestum an ihm begangen und haftet in Folge davon aufs Doppelte. [172]) Wie wenig die Worte der XII Tafeln über die Mancipation, wenn sie wirklich einen obligatorischen Sinn gehabt hätten, von den römischen Juristen in diesem Sinn verstanden worden sind, [173]) geht schlagend daraus

---

171a) Was Leist, Mancipation und Eigenthumstradition, Jena 1865 S. 127 dagegen einwendet, kann auf sich beruhen bleiben.

172) So erklärt sich auch, daß das Doppelte als nothwendige, unabänderliche Folge der Eviction bezeichnet wird, während wenn der Vertrag als Grundlage gegolten hätte, nicht abzusehen wäre, warum die Partheien durch Vereinbarung den Betrag der Evictionsleistung nicht hätten erhöhen oder verringern können. — In welchem Lichte mir die Idee erscheinen muß, den Anspruch auf Evictionsleistung wegen einer mancipirten und tradirten res mancipi als einen Fall einer per aes et libram begründeten Schuld aufzufassen (Huschke: Gajus, Beiträge u. s. w. S. 100) und wie ich demnach über das: secundum „mancipium", das dieser Schriftsteller statt des früher von ihm beliebten „lege mancipii" in den Text von Gaj. III. 174 aufgenommen hat, denke, brauche ich nicht erst zu bemerken.

173) Welcher Sinn für sie außerdem noch erübrigte, habe ich bereits angegeben (II. 531); an Beispielen ähnlicher restrictiver Interpretationen fehlt es bekanntlich dem ältern Recht nicht, s. II. 441 flg.

hervor, daß ſie dem Nebenvertrag der fiducia die Aufnahme in die Mancipationsformel verſagten und ihn in die Form eines ſelbſtändigen, urſprünglich klagloſen Nebenvertrags, ich möchte ſagen eines geheimen Artikels (II. 515), wieſen. Hätte er in jener Formel Platz finden können, ſo würde er, wie alle andern obligatoriſchen Akte des alten Rechts, eine actio stricti juris erzeugt haben, während die aus ihm entſpringende Klage in Wirklichkeit eine act. bonae fidei war, eine Klage, die an dem harten Stamm der mancipatio eben ſo wenig gewachſen ſein kann, wie eine Roſe an einem Eichbaum.[174])

Eine intereſſante Parallele zu der fiducia und damit zugleich einen neuen Beleg für unſere Anſicht gewährt die Form der dem Sklaven bei ſeiner Freilaſſung von ſeinem Herrn auferlegten Verpflichtung zu Dienſtleiſtungen (operarum obligatio). Wenn man erwägt, daß dieſe Auflage bei dem Akte der Freilaſſung und vor der Obrigkeit erfolgte,[175]) ſo wird man den Grund, warum ſie nicht als Modus in die Formel der Manumiſſion aufgenommen ward, ſondern ſich gleich der fiducia mit der Form eines mehr in das Gewiſſen (fides) geſchobenen Nebenvertrages (Eid) begnügen mußte, abermals nur in unſerm obigen Princip erblicken können: daß ein und derſelbe Akt nicht zwei ſyſtematiſch verſchiedene Wirkungen (Freiheit und Obligation) hervorzubringen vermochte.

Demnach nehme ich keinen Anſtand, den Satz aufzuſtellen, daß kein Akt des älteren Rechts zugleich dingliche und obligatoriſche Wirkung hervorbrachte, daß vielmehr derſelbe ſcharfe Gegenſatz,

---

174) Bei Gelegenheit der Frage von dem Alter der actiones bonae fidei werde ich darauf zurückkommen. — Das Argument, das man aus L. 48 de pact. (2. 14) Gajus ad legem XII tabul. entnehmen könnte, wird keiner Widerlegung bedürfen.

175) Und zwar, wie es ſcheint, zum Zweck einer im Intereſſe beider Theile angeordneten Mitwirkung des Magiſtrats arg. L. 47 de oper. lib. (38. 1) . . Praetorem non pati, Cic. ad Attic. VII, 2 a. E. . in eo, qui aedem liber non juraret.

der im älteren Recht zwischen den Begriffen eines dinglichen und obligatorischen Rechts bestand, sich auch auf die Begründung derselben durch Rechtsgeschäft erstreckte.

Wie Eigenthum und Obligation, so sind auch Eigenthum und Servitut systematisch verschieden; es müßte mithin unserem Princip zufolge eine Cumulation beider zu einem Rechtsgeschäft unstatthaft gewesen sein. Dem scheint jedoch die Möglichkeit der Deductio von Servituten bei Gelegenheit einer solennen Eigenthumsübertragung zu widersprechen.[176] In Wirklichkeit aber verwandelt sich dieser Schein des Widerspruchs gerade in eine Unterstützung unserer Ansicht, denn die Form, in der jene Servitutbestellung erfolgte, bestätigt unsern Grundsatz gerade durch die Art, wie sie ihm ausweicht. Es wird nämlich der Sache die Gestalt gegeben, als ob bloß ein Akt, nämlich eine Eigenthumsübertragung vor sich gehe, aber an einem mit der gewünschten Servitut belasteten Grundstück. Nicht also ist der Hergang so zu denken, als ob der Mancipant erst Eigenthum übertrüge und sodann der Empfänger auf Grund des so eben erworbenen Eigenthums die Servitut bestellte — dann würden in der That juristisch zwei Rechtsgeschäfte vorliegen, und es würde in Bezug auf die Servitut die Veräußerungsbefugniß in der Person des Empfängers in Frage kommen — sondern der Mancipant behält von dem, was er überträgt, etwas zurück, er zieht etwas ab (deducit) — eine Wendung im Geist der analytischen Methode, zu welcher der Proceß in dem „cum deductione und compensatione agere“ (S. 79) ein Seitenstück darbietet, und deren materielle Statthaftigkeit die alten Juristen auf die oben in Bezug genommenen Worte der XII Tafeln über die Mancipation stützen konnten. So wenig wie die Klage des Argentarius juristisch zwei Forderungen, so wenig hatte jener Akt zwei dingliche Rechte zum Gegenstande; das vorbehaltene Recht fungirte hier, wie bei der Subtraction, nur als

176) Gaj. II, 33. Vat. fragm. §. 47, 50, 51 und oben Note 89; Dirksen Vermischte Schriften I. S. 110.

Subtractionsfactor. In consequenter Durchführung dieses Gesichtspunktes muß es verstattet gewesen sein, auch *mehrere* Servituten vorzubehalten z. B. gleichzeitig den Nießbrauch, eine Weggerechtigkeit u. a., während ein Gleiches meiner Meinung nach bei *selbständiger* Bestellung der Servituten schlechthin ausgeschlossen war, — wo die Einheit bloß auf dem *Minuendus* beruht, ist die Mehrheit der *Subtrahenden* gleichgültig. Hätte das ältere Recht bereits die übrigen jura in re gekannt, so würde es rücksichtlich ihrer sich sicherlich ganz desselben Mittels bedient haben, und den Grund, daß dasselbe bei letztern nicht erwähnt wird, vermag ich daher nicht [177] in einer systematischen Verschiedenheit derselben von den Servituten, sondern nur in rein historischen Verhältnissen zu erblicken.

Das Gegenstück zu dem eben besprochenen Fall liefert die Bestellung von Prädialservituten zu Gunsten des Erwerbers. Der bisherige Eigenthümer führt unter den dem zu übertragenden Grundstücke zustehenden Servituten auch diejenige auf, welche er auf das von ihm zurückbehaltene Grundstück übernehmen will, es erscheint also auch hier wiederum die Servitutbestellung nicht als besonderes Rechtsgeschäft, sondern als eine Modalität der Eigenthumsübertragung. Während das praedium in jenem Fall als *serviens*, wird es in diesem als *dominans* übergeben. [178]

Damit ist das dürftige Material, welches unsere Quellen uns meines Wissens für die Frage von der Cumulation mehrerer *ungleichartiger* Rechtsgeschäfte darbieten, erschöpft. Es verbleibt uns jetzt noch die Frage von der Möglichkeit der Verbindung mehrerer *gleichartiger* Rechtsgeschäfte zu einem Akt.

Halten wir uns hier an die drei Grundformen des römischen Geschäftslebens (§. 46): die mancipatio, in jure cessio und

---

177) Wie Dirksen a. a. O. S. 119 es thut.

178) L. 3 L. 6 pr. L. 7 pr. Comm. praed. (8. 4). Daß ich, was hier von der traditio gesagt wird, auf die beiden Geschäftsformen im Texte beziehe, wird keiner Rechtfertigung bedürfen.

stipulatio, so darf zunächst für die in jure cessio, wenn sonst der Schluß von der Vindication auf sie ein berechtigter ist, die Unzulässigkeit einer solchen Cumulation unbedenklich behauptet werden. Konnte man nicht mehrere Gegenstände mit einem Male vindiciren, so konnte man sie auch nicht durch Scheinvindication mit einem Male vor Gericht abtreten; dem Satz: so viel Gegenstände, so viel Vindicationen (S. 31), muß der entsprochen haben: so viel Gegenstände, so viel Akte der in jure cessio. So weit, wie das ausschließliche Gebiet der in jure cessio (II. 535) wird sich mithin auch der Grundsatz der Unzulässigkeit der Cumulation der dadurch zu bewerkstelligenden Geschäfte erstreckt haben, so daß also z. B. die Emancipation mehrerer Kinder oder die Freilassung mehrerer Sklaven durch einen Akt ausgeschlossen gewesen sein wird.

Für die mancipatio hat jener Schluß von der rei vindicatio keine Geltung, und von ihr ist wenigstens in einer Anwendung, nämlich hinsichtlich der Eigenthumsübertragung, die Möglichkeit einer Cumulation ausdrücklich bezeugt. Von beweglichen res mancipi, sagt Ulpian (Fragm. XIX, 6), lassen sich mit einem Male so viele mancipiren, als man mit der Hand fassen kann, von unbeweglichen so viel, als man Lust hat. Daß dieser Rechtssatz bereits dem älteren Recht bekannt gewesen, muß ich bezweifeln. Ich will dem Umstande, daß Gajus bei seiner Darstellung der mancipatio (I, 119—122) Nichts von ihm zu melden weiß, keine allzuhohe Beweiskraft beilegen, obgleich er doch immer mit ins Gewicht fällt; allein wer mir bisher gefolgt ist und eine Anschauung gewonnen hat von dem analytischen Geiste, der die ganze alte Jurisprudenz beseelt, von der Strenge und Folgerichtigkeit ihrer Methode, der wird, wie ich glaube, nicht anstehen, meinen Zweifel zu theilen. Man könnte mir den Einwand machen, daß die Beschränkung der Mancipation auf einen einzigen Gegenstand in gewissen Anwendungsfällen z. B. bei der Uebertragung einer Heerde mit zu großen praktischen Unzuträglichkeiten verbunden gewesen sei. Allein abgesehen davon, daß sich für diesen Zweck die

in jure cessio darbot (nach dem Vorbild der Vindication einer Heerde) (S. 38), so dürfte die Unbequemlichkeit nicht allzu hoch anzuschlagen sein, indem mit Hülfe einiger Sklaven, die bekanntlich der Mancipation fähig waren,[179] auch die stattlichste Heerde sich stückweis in kürzester Zeit mancipiren ließ.

Die Stipulation kann den verschiedenartigsten Obligations-Stoff: ein Geben, Thun und Unterlassen in beliebiger Häufung und Mischung in sich aufnehmen, es steht also nichts im Wege, die mannigfaltigsten materiellen Verträge: das Darlehn, den Kauf- und Miethcontract, die Societät u. s. w. zusammen in eine einzige Stipulation zu werfen. Daß dies bereits im alten Recht so gewesen, glaube ich ebenfalls in Zweifel ziehen zu sollen. Nicht etwa bloß auf die abstracten Schlußworte der Stipulation: spondesne spondeo legte die alte Zeit das entscheidende Gewicht, so daß die Verschiedenheit des Inhalts gar nicht weiter in Betracht gekommen wäre, sondern jene Worte hatten ursprünglich für die Stipulation keine geringere und höhere Bedeutung, als die: ajo . . meum esse für die in jure cessio und mancipatio, d. h. sie kennzeichneten das Geschäft der Gattung, nicht aber der Art nach, das eigentliche Individualitätsmoment aller dieser Geschäfte aber beruhte auf dem Gegenstand, dem Inhalt, und so wenig man auf den Grund hin die in jure cessio einer körperlichen Sache, einer Erbschaft, Servitut, Tutel hätte verbinden dürfen, weil das Schema ajo . . meum esse bei allen dasselbe war, eben so wenig meiner Ansicht nach auf denselben Grund hin mehrere juristisch verschiedene Obligationsstoffe zu einer Obligation. Eine stipulatio emti, venditi, locati, conducti erschien den alten Juristen sicherlich nicht minder als juristisches Individuum, als nur irgend eines der so eben genannten Geschäfte.[181] Für alle

179) Gaj. II, 87.

181) Das Individualitätsmoment fand in gewissen Schlagworten seinen formellen Ausdruck, ohne den schwerlich ein alter Jurist den bestimmten Contract angenommen haben würde, so z. B. die stipulatio emti in den Worten habere recte licere (vergl. die Beispiele bei Varro de re rust. II. 2, 3, 4),

Verträge gab es in alter Zeit beſtimmte Formulare, und obgleich der Gebrauch derſelben frei war, wie ſchon aus der Erwähnung mehrerer Formulare für ein und daſſelbe Geſchäft hervorgeht, [182]) ſo hielt doch der Verkehr aus gutem Grunde (II. 284 fl.) die Bahnen inne, die ihm in den verſchiedenen Formularen übereinſtimmend vorgezeichnet waren, und gerade dieſer Umſtand, die Gewöhnung an den Gedanken, daß es für jedes Geſchäft eines beſonderen Formulars bedürfe, wird den der ſpäteren Zeit ſo geläufigen Gedanken, verſchiedenartige Geſchäfte und Formulare zu einem einzigen Stipulations-Ganzen zu verbinden, in alter Zeit gar nicht haben aufkommen laſſen. Und wozu auch? Um das spondesne spondeo ſtatt zehn Mal bloß ein Mal auszuſprechen? Und um dieſes Vortheils willen hätte man die ſonſt ſo ſtrenge gehüteten Elementarbegriffe der juriſtiſchen Methode verläugnen und ſich in die Lage verſetzen ſollen, aus dieſer einen Stipulation auch eine einzige Klage (S. 40) zu geben?

Nur ein einziges Geſchäft gab es, bei dem unſer Grundſatz der Einfachheit nicht zur Anwendung kam und kommen konnte: das Teſtament. Daſſelbe war jedoch nicht ſowohl ein einziges Rechtsgeſchäft, als ein ganzer Complex von Rechtsgeſchäften verſchiedenſter Art: von Erbeseinſetzungen, Vermächtniſſen, Freilaſſungen, Vormundſchafts-Ernennungen. Alle dieſe Verfügungen, im übrigen von höchſt verſchiedenem juriſtiſchem Charakter, trafen nur darin zuſammen, daß ſie ſämmtlich auf die Vorausſetzung des Todes des Erblaſſers geſtellt waren. Es ergibt ſich daraus, wie verkehrt es ſein würde, das Teſtament mit einem Rechtsgeſchäft unter Lebenden auf eine Linie zu ſtellen. Das richtige Verhältniß iſt vielmehr das, daß auf der einen Seite das Teſtament ſteht als Inbegriff ſämmtlicher letztwilliger Rechtsgeſchäfte, auf der andern Seite aber ihm gegenüber die Geſammtſumme aller denkbaren

---

die stipul. conducti in den Worten: frui licere (Stellen bei Dirksen Manuale unter frui).

182) Varro de re rust. II. 2, 5.

Rechtsgeschäfte unter *Lebenden*. Das Eigenthümliche der letztwilligen Autonomie im Gegensatz zu der unter Lebenden besteht darin, daß während letztere sich nur in *einzelnen* Akten äußert, sich aber nicht zu einem einzigen Gesammtakt zusammenzufassen vermag, jene umgekehrt nur in der letztern Form zur Ausübung gelangt — ein Grundsatz, den das neuere römische Recht zwar mittelst der Codicille zum Theil verlassen, dagegen für den wesentlichen Inhalt des Testaments: die Erbesernennung unverändert beibehalten hat. So repräsentirt uns also das Testament gewissermaßen die eine Hälfte der gesammten Autonomie des Subjekts und verhält sich zu den bisher betrachteten Rechtsgeschäften unter Lebenden ungefähr ebenso, wie die Erbschaft zu den einzelnen Vermögensrechten, und wir dürfen dasselbe in Nachbildung der Ausdrücke Universal- und Singularsuccession etwa als *Universalgeschäft* gegenüber dem *Singulargeschäft* bezeichnen. Was die Römer veranlaßt hat, im Gegensatz zu dem für das letztere geltenden Grundsatz der nothwendigen *Trennung* für die letztwilligen Geschäfte umgekehrt den Grundsatz der nothwendigen *Concentration* aufzustellen, ist nicht schwer abzusehen. Zunächst bietet sich ein historischer Grund dar in der ursprünglichen Form der Testamentserrichtung in der Volksversammlung. Ich habe mich früher (I. 47) dafür ausgesprochen, daß das Volk die Testamente nicht bloß einfach zu vernehmen hatte, sondern daß es sie prüfen und mithin auch verwerfen durfte, und ich bin in der Lage, den dort benutzten Gründen noch einige andere auf die gegenwärtige Veranlassung bezügliche von erheblichem Gewicht hinzufügen zu können. Sollte dem Volke ein wirkliches Urtheil ermöglicht werden, so mußte der Testator ihm den ganzen von ihm entworfenen Plan der Beerbung mittheilen. Nur in diesem Gesammtzusammenhange ließen die einzelnen Bestimmungen sich wahrhaft prüfen und beurtheilen, abgerissen von ihm als einzelne Modificationen der im übrigen eintretenden, dem Volke nicht weiter bekannt gemachten Intestaterbfolge aber eben so wenig, als ein einzelner Paragraph eines Contracts ohne Einsicht des ganzen

Documents. Welche Garantie aber gab es, daß der Testator wirklich den ganzen Plan vorlegte und nicht etwa bloß diejenigen Bestimmungen, welche aus dem Grunde der Sanction von Seiten des Volks bedurften, weil sie eine Abweichung vom Gesetz enthielten, während er sich in Bezug auf die übrigen der Aussicht getröstete, daß die Intestaterbfolge zur Anwendung kommen würde? Antwort: daß man ihm diese Aussicht auf die subsidiär zur Anwendung gelangende Intestaterbfolge völlig abschnitt, und diesen Zweck hatte meines Erachtens die bekannte Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Dieser Satz, über dessen Bedeutung in unserer Literatur so viel völlig Ungesundes und Abentheuerliches zu Tage gefördert ist, enthält meiner Ansicht nach ein so unentbehrliches Complement des alten testamentum in comitiis calatis, daß er unter ähnlichen Verhältnissen anderwärts sofort und unabweisbar wieder in Geltung treten müßte. Ohne ihn hätte jeder Testator das Volk hintergehen und seine Zustimmung zu Anordnungen erschleichen können, die dasselbe bei Vorlegung des gesammten Successionsplans nie gebilligt haben würde, mittelst seiner also war dafür gesorgt, daß ein Testator, der das Volk betrügen wollte, sich selber betrog, sich in seinen eigenen Schlingen fing.[182a]) Aber noch einen andern Ausweg gab es, den man ihm versperren mußte. Angenommen, seine Absicht ging darauf, einen seiner Söhne zu enterben, er wagte aber nicht, weil er sich nicht getraute, diese Maßregel vor dem versammelten Volk zu rechtfertigen und darum mit der Verwerfung dieser

182a) Wenn Unger, Verträge zu Gunsten Dritter (in meinen Jahrbüchern B. 10 S. 59) gegen die obige Deutung einwendet, daß „ihr zu Folge der auf die Hälfte eingesetzte Erbe gar nicht hätte zur Erbfolge gelangen, sondern daß die Intestaterbfolge hätte eintreten müssen", so erwidere ich, daß, wenn ein Testator dem Volk einen so absonderlichen Testamentsentwurf eingereicht hätte, ihm sicherlich die Frage nicht erspart geblieben wäre: warum bloß auf die eine Hälfte, was soll mit der andern werden? Ein solcher Entwurf wäre also in der Versammlung entweder sofort rectificirt worden, oder, wenn der Testator sich dazu nicht verstand, vom Volk verworfen worden.

Beſtimmung zugleich die des ganzen Teſtaments fürchten mußte, dem Volk die Sache vorzutragen. In dieſem Fall konnte er auf den Gedanken verfallen, das Daſein des Sohnes völlig zu verſchweigen; hatte das Volk den Teſtamentsentwurf genehmigt, ſo war er völlig ſicher, das Volk war hintergangen. Damit haben wir die Erklärung eines andern Satzes des altrömiſchen Erbrechts, nämlich des bekannten Satzes, daß der Teſtator ſeine sui entweder inſtituiren oder exherediren muß, nicht aber präteriren darf; thut er es dennoch, verheimlicht er alſo dem Volk das Daſein derſelben, ſo fällt der beabſichtigte Schlag auf ihn ſelbſt zurück, ſein Teſtament wird je nach Umſtänden ganz oder zum Theil (das bekannte accrescere der Töchter und Enkel) nichtig, es tritt alſo bei dieſer Erſchleichung der Genehmigung des Volkes ganz dieſelbe Wirkung ein, die das ſpätere Recht für das Erſchleichen kaiſerlicher Reſcripte vorſchreibt.[183]) Auch dieſer Satz war vom Standpunkt der Verhältniſſe aus, für die er berechnet war, in dem Maße nothwendig, daß er meiner Ueberzeugung nach bei gleichen Verhältniſſen überall wieder zum Vorſchein kommen mußte. Wenn derſelbe auch noch nach der Aenderung der alten Teſtamentsform beibehalten ward, ſo hängt dies meiner Anſicht nach damit zuſammen, daß er die einzige Handhabe bot, um einem Kinde, das entweder zur Zeit des Teſtaments noch nicht geboren oder aber vom Vater fälſchlich für verſtorben gehalten ward, den Zugang zum väterlichen Nachlaß zu verſchaffen.

Der im Bisherigen entwickelte *hiſtoriſche* Grund für die Univerſalität oder die attractive Kraft des Teſtaments verlor mit Einführung des Mancipationsteſtaments ſeine Bedeutung. Wenn gleichwohl die römiſche Jurisprudenz noch geraume Zeit an dieſem Gedanken feſthielt, ſo vermag ich die Urſache davon nicht lediglich in dem Conſervativismus der Römer zu erblicken — hat ja ſelbſt unſer heutiges Recht ihn in der Geſtalt, die er im ſpätern römiſchen angenommen hat, nämlich in ſeiner Beſchränkung auf die *Erbes-*

183) L. 2 Cod. si contra jus (I, 22) . . . . in tacendi fraude.

einsetzung adoptirt. Vielmehr müssen praktische Motive hinzugekommen sein, und sie bieten sich ungesucht dar in der aus einer Zersplitterung der einzelnen letztwilligen Akte leicht sich ergebenden Verwirrung und Unsicherheit und in dem dieser Gefahr begegnenden Bestreben, den Testator durch die vorgeschriebene Simultaneität seiner sämmtlichen letztwilligen Verfügungen zur Klarheit, zur einheitlichen Vergegenwärtigung ihres gegenseitigen Ineinandergreifens, kurz zur Klarheit über seinen ganzen Successionsplan zu zwingen. [183a])

II. Der Gedanke der Concentration des Rechtsgeschäfts.

Die glückliche Idee der Concentrirung des Processes auf den Moment der Litis-Contestation findet an dem alten Rechtsgeschäft ihr Seitenstück. Wie der ganze Proceß sich um diesen einen Punkt dreht (S. 24 flg.), und der Richter bei der Beurtheilung des Streitverhältnisses weder frühere, noch spätere Ereignisse ins Auge zu fassen hat, so bildet in gleicher Weise für alle Fragen, welche sich auf die Voraussetzungen und Wirkungen des *Rechtsgeschäfts* beziehen, der Moment der Vornahme desselben den Normalpunkt ihrer Beurtheilung. Auf diesen einen Punkt wird daher der ganze Thatbestand des Rechtsgeschäfts concentrirt, es versteinert sich in gleicher Weise, wie das Streitverhältniß, in *der* Gestalt, die es in diesem Moment an sich trägt, unempfänglich für alle Einwirkungen der Zukunft oder Nachwirkungen der Vergangenheit, ganz auf sich und seinen in ihm selbst zu Tage liegenden Inhalt beschlossen.

Drei Momente sind es, auf denen der gesammte Bestand des Rechtsgeschäfts beruht: der *Akt der Handlung*, seine *Voraussetzungen* (*der Thatbestand*) und seine *Wirkungen*.

183a) Ueber die Modification, welche dieser Gedanke im neuern Recht durch Zulassung des Codicills erleidet, s. u.

Unterſuchen wir, wie der Gedanke der Concentration ſich bei ihnen bethätigt.

1. Requiſit der Einheit der Handlung.

Der Akt der Handlung muß ein einiger ſein, er darf nicht geſpalten, getheilt werden. Aber wer wird, kann man fragen, auch wohl auf die Idee kommen, eine Handlung, die er in einem Moment vornehmen kann, zu theilen, den Anfang eines Satzes jetzt, das Ende nach einer Stunde auszuſprechen? Gewiß! bei Rechtsgeſchäften, welche in einem bloß momentanen Handeln einer einzigen Perſon beſtehen, braucht die Einheit des Akts nicht erſt vorgeſchrieben zu werden, ſie macht ſich factiſch von ſelbſt, denn es fehlt an jeder Verſuchung zum Gegentheil. Ganz anders aber bei Rechtsgeſchäften, welche, wie das mündliche Teſtament, regelmäßig eine längere Dauer in Anſpruch nehmen oder ein Handeln mehrerer Perſonen erfordern, wie z. B. die Verträge. Bei ihnen hat das Recht, wenn es einmal die Einheit des Akts beachtet wiſſen will, auch allen Grund, ſie ausdrücklich zu fordern. Unſere Quellen erwähnen dieſes Requiſit zwar nur für das Teſtament, die Stipulation und die tutoris auctoritas,[184] allein es unterliegt für mich nicht dem geringſten Zweifel, daß daſſelbe für ſämmtliche Geſchäfte des älteren Rechts gegolten hat. Für die mancipatio (und mithin auch das nexum) und die in jure cessio erblicke ich eine indirecte Beſtätigung deſſelben in dem Erforderniß der Gegenwart der Partheien. Für das Obligationenrecht hängt die Richtigkeit dieſer Behauptung von dem an ſpäterer Stelle zu erbringenden Beweiſe ab, daß die formloſen Verträge, bei denen der Satz bekanntlich nicht galt, ihre Klagbarkeit erſt dem neuern Recht verdanken.

---

184) Für das Teſtament: L. 21 §. 3 qui test. (28. 1): uno contextu actus, für die Stipulation: L. 137 pr. de V. O. (45. 1) continuus actus (II. 582), für die tutoris auctoritas §. 2 I. de auct. tut. (1. 21) statim in ipso negotio.

Mit dem nackten Aussprechen dieses Grundsatzes ist aber wenig gewonnen; einen wirklichen Werth kann er vielmehr nur dadurch gewinnen, daß wir uns seiner Consequenzen, sowie der Bedingungen seiner praktischen Durchführbarkeit bewußt werden, und das erreichen wir am ersten, wenn wir des Gegensatzes wegen einen Blick auf das spätere Recht werfen.

Bei allen Rechtsgeschäften, welche ein Handeln mehrerer Personen erfordern, ist die Einheit des Akts bedingt durch die Anwesenheit derselben an demselben Ort — Einheit des Aktes oder der Zeit setzt Einheit des Raums voraus, Trennung im Raum bedeutet getrenntes Handeln. Will das Recht den Grundsatz der Einheit des Akts, so muß es zugleich den der Einheit des Raums aufstellen. Letzteres ist aber nur da durchführbar, wo der Raum, auf dem der Verkehr sich bewegt, ein so engbegränzter ist, daß die Contrahenten ohne beträchtlichen Zeitverlust und große Unbequemlichkeiten sich jeder Zeit zu einander verfügen können; in demselben Maße, in dem der Verkehr sich geographisch ausdehnt, wird die Aufrechthaltung jenes Grundsatzes schwieriger und schließlich völlig unmöglich — Boten, Telegramme, Briefe treten an die Stelle des persönlichen Erscheinens. So stellt sich also der Grundsatz der Einheit der Zeit und des Raumes dar als wesentlich bedingt durch den geographischen Umfang der Handels- und Verkehrsbewegung, und es wird jetzt nicht minder begreiflich erscheinen, daß das ältere Rom bei seinem kleinen Stadtgebiet jenen Grundsatz aufstellen und durchführen konnte, als daß das spätere Rom sich von ihm lossagen mußte. Das alte Rechtsgeschäft und das alte Staatsgebiet standen in engster Beziehung; als letzteres sich mehr und mehr erweiterte, mußte das Rechtsgeschäft diesem Vorgange folgen, es hatte in seiner Weise sich ebenso von der Schranke des Raumes frei zu machen, wie dies der Handel in der seinigen gethan hatte. Die althergebrachten Geschäfte des Civilrechts waren aber bereits zu sehr erstarrt, um dem entsprechend ihre ganze Structur ändern zu können; was ihnen abgerungen wurde, bestand nur in einzelnen Concessionen, die ich,

weil ſie durch ihren Gegenſatz das alte Recht zu erläutern vermögen, ſchon an dieſer Stelle mittheilen will.

Eine principielle Anerkennung hingegen fand jene Forderung bei den Verträgen des jus gentium, die uns ja das eigentliche Handelsrecht des römiſchen internationalen Verkehrs darſtellen, und es gehört zu ihrer Signatur im Gegenſatz zu denen des eigentlichen jus civile, daß ſie den Gedanken der Emancipation vom Raum verwirklicht haben. Ihre Betrachtung liegt jenſeits der Gränzen unſerer Aufgabe, da ihre Entwickelung zu ſelbſtändigen, der Stipulation zu ihrer Klagbarkeit nicht mehr bedürftigen Contracten der dritten Periode anheimfällt: wir beſchränken uns daher im Folgenden auf die Geſchäfte des eigentlichen Civilrechts.

Wenn mehrere Miteigenthümer eine Prädial-Servitut erwerben oder beſtellen wollen, ſo müſſen ſie dies nach älterm Recht gemeinſam mittelſt eines Aktes thun; nach neuerm können ſie einzeln handeln.[185] Wenn mehrere Legatare gemeinſchaftlich ein Wahlrecht auszuüben haben, ſo verſtattet das neuere Recht jedem die abgeſonderte Vornahme; daß das ältere ſich dazu nicht verſtanden haben kann, bedarf nicht der Bemerkung. Die Correalobligation begründet zwiſchen den verſchiedenen Theilnehmern ein und daſſelbe Obligationsverhältniß, conſequenterweiſe erforderte daher die alte Jurisprudenz Begründung deſſelben durch einen einzigen Akt,[186]

---

185) L. 11 de S. P. R. (8. 3), L. 18. Comm. praed. (8. 4); über das folgende Beiſpiel im Text ſ. L. 8 §. 2 de opt. leg. (33. 5). Sämmtliche Einzel-Akte bleiben aber ſo lange ſuspendirt, bis der letzte noch fehlende hinzugekommen iſt; über die dabei nach neuerm Recht eintretende Gebundenheit der einzelnen Theilnehmer des Aktes ſ. meine Abh. über die paſſiven Wirkungen der Rechte in meinen Jahrbüchern B. 10 S. 466—468.

186) So mit Bezugnahme auf pr. I. de duob. reis (3. 16) und L. 12 pr. D. ibid. (45. 2): Ribbentrop Correalobl. S. 112 (das neuere Recht S. 114 daſ.) und Schrader ad §. 3 I. de fidejuss. (3. 20), welcher noch auf Plautus Trinummus V. 2, 39 verweiſt. Wurde von den mehreren Promittenten zuerſt der eine, dann der andere mit den Worten: idem spondes? gefragt, ſo war dieſer nur sponsor, alſo nur acceſſoriſch verpflichtet. Salpius, Novation und Delegation, S. 169.

das neuere Recht hingegen verstattet getrenntes Handeln. Das ältere Recht verlangt, daß die Testamentszeugen gleichzeitig fungiren, das prätorische verstattet die Vornahme des einzigen Akts, von dem es die Bonor. poss. secundum tabulas abhängig macht (Versiegeln), für jeden abgesondert.[186a]) Der Tutor eines Unmündigen muß seine auctoritas sofort ertheilen, also gegenwärtig sein, der Curator eines Minderjährigen kann seine Einwilligung vorher oder nachher erklären, also abwesend sein — eine Verschiedenheit, deren Grund ich nicht in der verschiedenen Auffassung des Wesens der tutoris auctoritas und des consensus curatoris, sondern lediglich darin erblicke, daß erstere dem älteren, letzterer dem neuern Recht angehört.

Der Grundsatz der Einheit der Handlung erlitt meiner Ansicht nach noch eine andere Anwendung, die unserer heutigen Vorstellung ziemlich fern liegt. Sie bestand darin, daß alle Nachträge zum Rechtsgeschäft ausgeschlossen waren. Der alten Jurisprudenz erschienen diese Nebenschößlinge des Rechtsgeschäfts als etwas nicht zu Duldendes, sie verlangte, daß alles, was mit dem Rechtsgeschäft gelten wolle, auch in ihm stecken, mit ihm entstanden sein müsse. Ihrer Theorie nach vermochte das Rechtsgeschäft nur ein Doppeltes: das Verhältniß, das es zum Gegenstand hatte, begründen oder aufheben, nicht aber es modificiren; wer letzteres beabsichtigte, mußte dies in der Weise bewerkstelligen,

---

186a) Das Edict verlangt bloß sieben Siegel, nicht die Siegel der Testamentszeugen. Daher werden testes und obsignatores unterschieden, z. B. Cic. ad Att. XVI. 16, und es wurden oft viel mehr als sieben Personen zum Siegeln zugezogen Cic. ad Att. VII. 2 §. 3. Sueton. Tiberius c. 76, ja der Testator selber drückte sein eigenes Siegel auf, Cic. Ep. ad Quint. III. 9; jedes weitere Siegel auf dem Faden, welcher das Testament verschloß, erschwerte nämlich die Fälschung der Siegel und damit die Möglichkeit der unbemerkten Oeffnung des Testaments. Eben so wenig verlangt das Edict das gleichzeitige Versiegeln, arg. §. 3 Inst. de test. (2. 10); der Vorfall bei Plinius Epist. II. 20 §. 10 ist sicherlich nicht in Gegenwart mehrerer Personen vorgekommen.

daß er das Verhältniß ganz neu begründete,[187]) die alte Jurisprudenz duldete kein *Flicken*. Wie die lebenden Wesen den Körper, den sie bei der Geburt mit auf die Welt bringen, bis an ihr Ende beibehalten, so auch die Rechtsverhältnisse.

Daß darin eine Anwendung des Grundsatzes der Einheit der Handlung liegt, wird keines Nachweises bedürfen. Jeder Nachtrag enthält ein vergessenes Stück Handeln, die Totalität des Handelns, die sich sonst in dem *einen* Akt des Rechtsgeschäfts concentrirt, zersplittert und zerstreut sich, wenn man Nachträge zuläßt, in einzelne Akte und Zeitmomente, *dieses* Stück des Rechtsverhältnisses entsteht in diesem, *jenes* in jenem Moment — die Einheit der Zeit ist preisgegeben.

Auch nach dieser Richtung hin hat die neuere Jurisprudenz sich bis zu einem gewissen Grade von dem Grundsatz der Einheit der Handlung losgesagt, wie folgende Fälle zeigen werden.

Nach älterm Recht mußte der Testator des unbedeutendsten Nachtrages wegen das ganze Testament von neuem machen, das neuere überhebt ihn dieser Mühe, indem es ihm zu dem Zweck die Form des Fideicommisses und Codicills zur Verfügung stellt. Der Fortschritt, den die Idee des Codicills für die Geschichte des römischen Erbrechts bezeichnet, besteht nicht in der Einführung der Formlosigkeit — das war im Gegentheil eine Verschlechterung, und das spätere Recht ist mit gutem Grunde zur Form zurückgekehrt — sondern in der theilweisen Losreißung von dem Grundsatz der Concentrirung des letzten Willens zu *einem* Akt (S. 47), kurz in der Ermöglichung eines *Singulargeschäfts* auf dem Gebiet des Erbrechts.

Nach Abschluß des Vertrages werden die Partheien noch über einige Abänderungen einig: welche Kraft haben dieselben?

---

187) So beim Testament: L. 21 §. 1 Qui test. (28. 1) Si quid post factum testamentum mutari placuit, omnia ex integro facienda sunt. Ebenso bei der Obligation durch Novation; eine Modification der Obligation durch Zusätze, wie sie später das prätorische Edict in Form des constitutum zuließ, ist dem ältern Recht fremd.

Nach älterm Recht gar keine, denn wenn einmal die Worte der Stipulation gesprochen sind, so ist letztere für immer fixirt, und es hätte, um jene Bestimmungen nachzutragen, eines neuen Stipulationsaktes bedurft.[187a]) Nach neuerm dagegen muß man unterscheiden, ob sie sofort d. h. im unmittelbaren Anschluß an den Akt, oder ob sie erst später getroffen sind. Im ersten Fall fügen sie sich noch als integrirende Bestandtheile dem Rechtsgeschäft selber ein und zwar sowohl bei den bonae fidei Contracten als der Stipulation,[188]) im letztern Fall haben sie eine positive (d. h. Klage erzeugende) Wirkung nur dann, wenn sie sich unter den Gesichtspunkt eines neuen Contractsabschlusses bringen lassen, sonst d. h. also in ihrer Gestalt als Zusätze haben sie nur eine negative (Exceptions-) Wirkung.[189]) Zu dem Gedanken einer positiven Kraft des Nachtrages wollte selbst die spätere Jurisprudenz trotz ihrer sonstigen Freiheit von den Traditionen der alten Methode sich nicht verstehen — sicherlich nicht darum, weil derselbe ihrem juristischen Auffassungsvermögen als etwas Unmögliches erschienen wäre (wie etwa die Idee eines Nachzeugens), sondern weil sie eine solche Zersplitterung für praktisch bedenklich hielt. Den einzigen mir bekannten Ausnahmsfall enthält die act. de pecunia constituta des prätorischen Edicts; die

187a) Eine solche Frage, wie die von Pomponius und Ulpian in L. 7 §. 6 de pact. (2. 14): si igitur in totum (abiri ab emtione) potest, cur non et pars ejus pactione mutari potest? wäre im Munde eines alten Juristen undenkbar gewesen.

188) Für jene L. 7 §. 5 de pact. (2. 14) . . ex continenti . . in ingressu contractus. L. 72 de cont. emt. (18. 1), für diese L. 40 de R. Cr. (12. 1).

189) L. 72 cit. L. 7 §. 6 de pact. L. 13 Cod. ibid. (2. 3), L. 44 §. 2 de O. et A. (44. 7). Die Exceptionsform zeigt, daß der Zusatz kein Stück des ursprünglichen Vertrages wird, ihm vielmehr als etwas Selbständiges äußerliche gegenübertritt. Auch wenn die ältere Jurisprudenz die Form der Exception gekannt hätte, würde sie doch des obigen Grundsatzes wegen solchen spätern Verträgen, welche die ursprüngliche Obligation nicht völlig aufheben, sondern bloß modificiren sollten, die Exceptionswirkung abgesprochen haben.

Ausnahme bestand aber nicht darin, daß das Constitutum die ursprüngliche Schuld selbst modificirt hätte — unter dieser Voraussetzung hätte es verstattet sein müssen, den Inhalt des Constitutums mit der ursprünglichen Contractsklage geltend zu machen — sondern darin, daß hier ein dem Hauptvertrag hinzukommender accessorischer Vertrag als selbständiger Verpflichtungsgrund anerkannt ward. Das Constitutum bietet uns demnach ein Seitenstück zu dem Codicill; beide überheben den Urheber des Rechtsgeschäfts der Nothwendigkeit, eines einzelnen späteren Zusatzes wegen das ganze Geschäft von neuem vorzunehmen.

Zwei Rechtsgeschäfte scheint aber das ältere Recht gekannt zu haben, welche unserm Princip der Einheit des Akts spotteten: die Emancipation und Adoption. Beide erforderten nämlich statt eines einzigen Aktes bei Söhnen sechs oder sieben, bei Töchtern und Enkeln zwei Akte (II. 174), und diese einzelnen Akte konnten wiederum durch einen längeren Zwischenraum getrennt sein (II. 516). In der That handelte es sich bei ihnen nicht um ein in mehrere Stücke zerfallendes einiges Rechtsgeschäft, sondern um einen Complex einzelner selbständiger Rechtsgeschäfte; jedes derselben erzeugte sofort seine bestimmte Wirkung; wenn inzwischen die Handelnden andern Sinnes wurden, konnten sie abbrechen, wo sie wollten, das Kind in der väterlichen Gewalt oder im Mancipium lassen, sowie bei abermaliger Willensänderung die Sache aufnehmen, wo dieselbe zuletzt stehen geblieben war — ein Verfahren, das bei einem einheitlichen Rechtsgeschäft z. B. dem Testament schlechterdings undenkbar war.

So galt denn der Grundsatz der Einheit der Handlung für das ältere Recht ganz ausnahmslos — ein zerstückeltes Handeln, es bestehe darin, daß mehrere Personen, die gemeinsam ein Verhältniß zu errichten haben, abgesondert die einzelnen Akte vornehmen, oder darin, daß die Handelnden dem Rechtsgeschäft spätere Zusätze hinzufügen — ein solches Handeln hatte für das ältere Recht gar keine Wirkung.

2. Präsenz des Thatbestandes.

Zu dem Akt der Handlung gesellen sich noch verschiedene Erfordernisse hinzu, welche theils die persönliche Fähigkeit des Handelnden, theils den Gegenstand und den Inhalt des Rechtsgeschäfts, theils gewisse durch den Zweck desselben gebotene Voraussetzungen betreffen. In welchem Moment müssen dieselben vorhanden sein? Darauf ertheilt das ältere Recht die Antwort: im Moment der Handlung, und man möchte glauben, daß eine andere Antwort kaum möglich sei, denn wie kann das Dasein jener Voraussetzungen in einem früheren oder spätern Moment ihren Mangel in demjenigen Moment, wo sie alle zusammentreffen müssen, um die an sie geknüpfte Wirkung hervorzurufen: im Moment der Handlung ersetzen? Was nützt es dem Jäger, der im Moment, wo er schießen soll, zwar ein Gewehr, aber kein Pulver hat, daß er früher Pulver gehabt hat oder es später bekommen wird?

Schwerlich werde ich nöthig haben, den Schein logischer Nothwendigkeit, den dieser Vergleich eines juristischen Vorganges mit einem natürlichen hervorrufen mag, zu zerstören, und schwerlich ist es eine solche falsche naturhistorische Anschauung, sondern sicherlich sind es praktische Gründe gewesen und zwar dieselben, die wir bereits bei dem Grundsatz der Einheit der Handlung hervorgehoben haben, welche die alte Jurisprudenz bestimmten, das obige Erforderniß aufzustellen. War dieselbe aber wirklich von dem Vorurtheil beseelt, als ob sich ein Handeln nicht anders als in jener Weise *denken* lasse, so ist wenigstens die spätere Jurisprudenz durch den Fortschritt des Verkehrs und den Drang der Verhältnisse gezwungen worden, sich des Vorurtheils zu entschlagen und sich bewußt zu werden, daß ein Handeln in Erwartung und unter Voraussetzung des künftigen Eintritts seiner Erfordernisse, oder kurz ausgedrückt: ein *anticipirtes* Handeln durchaus nichts Widersinniges hat. Man vergleiche einmal das spätere Pfandrecht. Die bis an die äußerste Gränze der Möglichkeit getriebene Ausnutzung des Realcredits im spätern römischen Verkehr und die damit

gleichen Schritt haltende civiliſtiſche Toleranz der römiſchen Jurisprudenz verſtieg ſich bis zu dem Punkt, daß man den Akt der Verpfändung vornehmen konnte zu einer Zeit, wo noch alle und jede Vorausſetzungen zum Pfandrecht fehlten: die Forderung, der Gegenſtand, das Eigenthum des Verpfänders — ein nackter, abſtracter Akt, ein leerer Beutel, ein Rechtsgeſchäft „in blanco“!

Vergleicht man den Entſtehungsproceß eines ſolchen erſt nach ſeiner formellen Vornahme ſich inhaltlich ergänzenden und füllenden Rechtsgeſchäfts mit dem eines von Anfang an in ſich fertigen, ſo beſteht die Verſchiedenheit darin, daß dieſer Entſtehungsproceß ſich dort über einen ganzen Zeitraum hinzieht, hier hingegen in einen Zeitpunkt fällt, daß dort die einzelnen Erforderniſſe hinter einander, hier neben einander auftreten — ein Gegenſatz, den wir paſſend als ſucceſſive und ſimultane Entſtehungsweiſe der Rechtsgeſchäfte bezeichnen können.

Es liegt auf der Hand, daß derſelbe von eingreifender Bedeutung iſt. Verſtattet man einmal die Anticipation des Rechtsgeſchäfts, ſo drängt die Conſequenz mit Nothwendigkeit auch zur Zulaſſung der Ratihabition und Convalescenz deſſelben. Denn wenn einmal das Geſetz der Gleichzeitigkeit in der Richtung aufgegeben iſt, daß der conſtitutive Wille, der ſich in der Handlung ausſpricht, dem ſonſtigen Thatbeſtand des Rechtsgeſchäfts voraneilen kann (Anticipation), warum ſollte er ihm nicht umgekehrt auch nachfolgen können (Ratihabition), und wenn das Rechtsgeſchäft durch ausdrückliche Willenserklärung ergänzt werden kann, was läßt ſich gegen die Idee einwenden, daß es auch ohne ſolche Erklärung durch bloßes objectives Eintreten ſeines Thatbeſtandes nachreifen könne (Convalescenz)? Alle dieſe drei Begriffe ſind aufs Engſte mit einander verwandt; ſie beruhen ſämmtlich auf dem Gedanken der ſucceſſiven Entſtehungsweiſe.

Solche langgeſtreckte Rechtsgeſchäfte, wie ſie bei dieſer Entſtehungsweiſe zu Tage treten, wären dem älteren Recht wahrſcheinlich als civiliſtiſche Mißgeburten erſchienen. Der Typus des

Rechtsgeschäfts der alten Zeit ist ein völlig anderer. Dasselbe hat ein bloß punktuelles Dasein, die Minute oder Sekunde, in die seine Vornahme fällt, entscheidet bei ihm über Sein und Nichtsein; von der Zeit hat es nichts zu hoffen und nichts zu fürchten; was ihm fehlt, kann die Zukunft ihm nicht geben, was es einmal hat, ihm nicht entziehen, es ist von vornherein absolut fest und unabänderlich. Nur zwei Ausnahmen läßt das ältere Recht zu: das Testament und die bedingte Obligation (s. u.); beide erwarten die Entscheidung über ihre Existenz erst von der Zukunft, befinden sich also bis dahin im Zustande objectiver Unentschiedenheit, des Werdens (der Pendenz). Wir wenden uns zunächst der Regel zu.

Sie wird in unsern Quellen in einer doppelten Fassung anerkannt, in der positiven: über die Existenz des Rechtsgeschäfts entscheide die Zeit des Abschlusses,[191] in der negativen: was von Anfang an ungültig sei, könne durch spätere Ereignisse nicht zu Kräften kommen.[192] Außer diesen allgemeinen Aussprüchen enthalten unsere Quellen noch eine Reihe einzelner Anwendungsfälle, welche der folgenden Darstellung als Grundlage dienen.

Die erste Voraussetzung der Gültigkeit einer jeden Handlung ist die persönliche Fähigkeit der handelnden Personen, und auf dieses Requisit hält auch noch das neuere Recht so streng, daß es die Umgehung desselben sei es in Form der Anticipation sei es in der der Ratihabition oder der Convalescenz fast ausnahmslos

---

191) Für die Stipulation: L. 26 de stip. serv. (45. 3): ex praesenti vires accipit. L. 78 pr. de V. O. (45.1): id tempus spectatur, quo contrahimus. L. 83 §. 5 L. 137 §. 6 ibid., L. 144 §. 1 de R. J. (50. 17); für Vermächtnisse die regula Catoniana L. 1 pr. de reg. cat. (34. 7), L. 41 §. 2 de leg. I. (30). Neueres Recht: L. 5 ibid. reg. caton. ad novas leges non pertinet; für letztwillige Bestimmungen überhaupt L. 201 de R. J. (50. 17) . . si initium sine vitio ceperint.

192) L. 210 de R. J. (50. 17) . . ex postfacto convalescere non potest. L. 41 § 2 de leg. I. (30).

verwirft.[139]) Eine eigenthümliche Geſtalt nahm dieſes Erforderniß beim Teſtament an, inſofern es nämlich nicht auf die dabei thätigen Perſonen: den Teſtator und die Zeugen beſchränkt, ſondern auch auf die honorirten Perſonen, gleich als ob dieſelben dabei ebenfalls wenigſtens geiſtig in Thätigkeit träten, erweitert ward. Eine Conſequenz davon war, daß ſie ſelbſt nicht auf den Fall der künftigen Fähigkeit bedacht werden konnten — ein Geſichtspunkt, aus dem ſich auch die Unzuläſſigkeit der Einſetzung von postumi erklärt.[194])

Die perſönliche Fähigkeit, ſowohl die Rechts- als Handlungsfähigkeit, braucht nur im Moment der Handlung vorhanden zu ſein,[195]) der ſpätere Wegfall derſelben iſt für das Rechtsgeſchäft, welches als Akt keine Dauer hat, völlig gleichgültig; inwieweit das Rechtsverhältniß dadurch betroffen werden kann, gehört nicht hierher. Daß und warum bei pendenten Rechtsgeſchäften die Fortdauer der perſönlichen Rechtsfähigkeit erforderlich iſt, kann erſt unten entwickelt werden.

Die zweite Vorausſetzung des Rechtsgeſchäfts iſt die juriſtiſche Möglichkeit ſeines Inhalts. Die neuere Jurisprudenz läßt in manchen Fällen Verträge auf den Fall der künftigen Möglichkeit zu,[196]) von der ältern haben wir kein Beiſpiel.

Die dritte Vorausſetzung iſt das Vorhandenſein der concreten Verhältniſſe, durch welche die Wirkſamkeit der Dispoſition bedingt iſt, z. B. des Eigenthums, wenn es ſich um eine Verfügung

---

193) Wo der Schein des Gegentheils beſteht, verbirgt ſich regelmäßig unter dem Gewand der Convalescenz oder Ratihabition eine neue, formloſe Wiederholung des Rechtsgeſchäfts, ſ. z. B. L. 1 §. 1 de leg. III. (32), L. 65 §. 1 de R. N. (23. 2), ſ. jedoch L. 7 §. 18 de pact. (2. 14).

194) Neueres Recht: Einſetzung der postumi und unfähiger Perſonen auf den Fall der Fähigkeit L. 62 pr. de her. inst. (28. 5), L. 51 pr. de leg. II. (31).

195) L. 2 qui test. (28. 1) . . ejus temporis, quo testamentum facit.

196) z. B. L. 61 de cont. emt. (18. 1), L. 31 L. 98 de V. O. (45. 1), L. 41 §. 2 de leg. I. (30), L. 98 de cond. (35. 1), ſ. jedoch L. 34 §. 2 de cont. emt. (18. 1), L. 83 §. 5 de V. O. (45. 1).

handelt, die nur der Eigenthümer mit Erfolg treffen kann, der Delation des Erbrechts, wenn die Erbſchaft angetreten oder ausgeſchlagen werden ſoll. Gerade nach dieſer Seite hin hat das neuere Recht ſich weit von den Traditionen der alten Theorie entfernt, wie die folgende Darſtellung zeigen wird.

„Was man ſelber nicht hat, kann man auch nicht auf einen Andern übertragen" — folglich, fügt das ältere Recht hinzu, auch nicht vorher, bevor man es hat; das neuere ſetzt ſich über dieſe vermeintliche Conſequenz hinweg.[197])

„Was man nicht hat, kann man nicht aufgeben" — folglich, ſagt das ältere Recht, auch keine Erbſchaft ausſchlagen, bevor ſie deferirt iſt[198]) — ein Satz, an dem auch noch das neuere römiſche Recht feſtgehalten hat, der aber heutzutage ſeit Aufkommen der Erbverzichte ebenfalls nicht mehr gilt.

„Was Einem nicht angeboten, kann man auch nicht annehmen" — folglich, ſagt das ältere Recht, keine Erbſchaft, bevor ſie deferirt iſt, aber das neuere Recht ſetzt ſich bei der Bonorum possessio darüber hinweg, indem es eine Agnoscirung derſelben ſchon vorher verſtattet (intra alienam vicem), bevor der Betreffende berufen iſt.

Dispoſitionen, welche zu ihrer Wirkſamkeit das Eigenthum vorausſetzen, z. B. die Freilaſſung des Sklaven,[199]) das Vindicationslegat,[200]) erfordern nach älterem Recht das Daſein deſſelben

---

197) L. 4 §. 6 de off. proc. (1. 16) . . est enim perquam absurdum, antequam ipse jurisdictionem nanciscatur . . . alii eam mandare, quam non habet, gleichwohl läßt der Juriſt die eventuelle Uebertragung der Jurisdiction zu. Andere Beiſpiele: die Verpfändung zukünftiger Sachen, die Ceſſion betagter (L. 43 Mand. 17. 1) und bedingter (L. 73 §. 1 ad leg. Falc. 35. 2) Forderungen.

198) L. 18 de acq. her. (29. 2). Is potest repudiare, qui et acquirere potest. In allgemeiner Faſſung: L. 174 §. 1 de R. J. (50. 17): quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest.

199) L. 20 qui man. (40. 9); Convaleſcenz nach neuerm Recht in dem Fall der L. 20 §. 1 de cond. inst. (28. 7).

200) Bei fungiblen Sachen genügte das Eigenthum im Moment des

im Moment ihrer Vornahme. Ganz daſſelbe wird auch für die Obligation gegolten haben, wo ihr Daſein die Vorausſetzung eines andern Rechtsgeſchäfts bildet, wie dies z. B. bei der Novation, der Bürgſchaft der Fall iſt. Ganz anders das neuere Recht, daſſelbe verſtattet anſtandslos die Novation, Delegation, Acceptilation einer bedingten, und die Verbürgung für eine zukünftige Schuld.[201])

An letzterer würde das alte Recht ganz beſonders Anſtoß genommen haben,[202]) denn es erblickt in der Bürgſchaft ein Acceſſorium der Hauptſchuld;[202a]) daß aber das Acceſſorium der Hauptſache vorangehen ſollte, iſt dem Geiſt des ältern Rechts völlig zuwider.[203])

Das vierte Erforderniß eines jeden Rechtsgeſchäfts iſt die Angabe des concreten Willensinhalts, alſo die des Gegenſtandes, der Summe, des Rechts, der gegenüberſtehenden Perſon. Daß auch dieſe Momente ins Ungewiſſe geſtellt werden können, lehrt das ſpätere und (rückſichtlich der Perſonen) das heutige Recht. Der Teſtator legirt „ſo viel, als der Legatar den Geſetzen nach von der Maſſe bekommen kann",[204]) der Promittent verſpricht „ſo viel, als

---

Todes, bei nicht fungiblen mußte es außerdem im Moment der Teſtamentserrichtung vorhanden ſein. Gaj. II. 196.

201) Novation L. 8 §. 1 de novat. (46. 2), ſ. jedoch L. 41 de cond. (35. 1), Delegation L. 8 §. 2 ibid., Acceptilation L. 12 de acc. (46. 4), Bürgſchaft in Form der fidejussio §. 3 I. de fidej. (3. 20), L. 6 §. 2 de fidej. (46. 1), Conſtitutum L. 19 pr. de pec. const. (13. 5).

202) Daß eine Verbürgung für eine zukünftige Schuld in Form der sponsio und fidepromissio nicht möglich geweſen, nimmt auch Schrader ad §. 3 I. cit. an.

202a) Gaj. III. 119 „accedere".

203) Einen Beleg gewährt der Satz, daß der teſtirende Vater das Pupillarteſtament nach dem ſeinigen errichten muß; dieſes iſt das „principale", jenes die „sequela", die secundae tabulae L. 2 §. 2 de vulg. subst. (28. 6), §. 5 I. ibid. (2. 16), der Teſtator darf aber nicht „convertere ordinem scripturae" L. 2 §. 4 L. cit. S. auch II. 602.

204) L. 51 pr. de leg. II. (31).

das Urtheil erkennen oder als ein Anderer ſchuldig werden werde".[205]) Der Arrogator eines Unmündigen verheißt deſſen Nachlaß, im Fall derſelbe während der Unmündigkeit verſterben ſollte, „denen, welchen er gebührt",[206]) der Auslobende heutzutage den Lohn „dem, der die Leiſtung vornimmt", der Wechſel wird indoſſirt ohne Angabe des Indoſſatars (in blanco) — kurz dieſer Gedanke der Erſtreckung des Rechtsgeſchäfts auf unbeſtimmte Verhältniſſe und Perſonen hat im ſpätern römiſchen und im heutigen Recht eine ſehr weite Ausdehnung erhalten. Daß das ältere Recht ihm keinen Zutritt gewähren konnte und gewährt hat, braucht nicht erſt geſagt zu werden.[207]) Es war ein Gedanke, dem die Jurisprudenz ohne die größte Gefahr für die Ordnung und Feſtigkeit des Rechts erſt ſich hingeben durfte, als ſie, im ſichern Beſitz der techniſchen Meiſterſchaft, der engen Formen und ſtrengen Regeln entrathen konnte, durch welche die ältere ſich die techniſche Beherrſchung des Rechts hatte ſichern müſſen. Daß jene völlig elaſtiſche, nach allen Seiten hin offene Structur des Rechtsgeſchäfts eine große Gefahr in ſich ſchließt, wer könnte ſich das verhehlen? Von der höchſten Freiheit bis zur Ungebundenheit und Anarchie iſt auch hier nur ein Schritt, und es war ein richtiges Gefühl, welches die alte Jurisprudenz leitete, hier, wie ſo oft, der größern Sicherheit des Rechts vor der größern Bequemlichkeit den Vorzug zu geben.

Oder war jene etwa zu theuer erkauft? Waren die knappen Formen, in die man das Rechtsgeſchäft wies, vielleicht zu eng, verkümmerten ſie dem Verkehr das nöthige Maß der freien Bewegung? Die folgende Betrachtung ſoll uns Antwort auf dieſe Frage geben.

---

205) L. 9 Jud. solv. (46. 7), L. 55 de fidej. (46. 1), L. 89 de V. O. (45. 1), L. 8 §. 2 de novat. (46. 2).

206) Ueber den Kunſtgriff, den die Juriſten dabei anwendeten, nämlich die Vertretung der künftigen Intereſſen durch den servus publicus, ſ. §. 56.

207) Beiſpiele der entgegengeſetzten Behandlungsweiſe: L. 20 pr. de test. tut. (26. 2), L. 6 §. 1 quod. cuj. (3. 4) cf. L. 3 de proc. (3. 3). Daß der cognitor urſprünglich unbeſtimmt und generell hätte ernannt werden können (Keller Civilpr. §. 52), halte ich für völlig unmöglich.

Kein Verkehr, und wäre er noch so niedrig entwickelt, vermag sich ausschließlich auf die Verhältnisse in der Gegenwart zu beschränken; schon die einfachsten Bedürfnisse treiben den Menschen in die Zukunft, und das Recht muß ihm die Formen gewähren, um sich für seine Zwecke die Zukunft zu sichern. Wer könnte, wenn er für das von ihm zu bauende Haus einer Servitut bedarf, warten, bis dasselbe gebaut ist, oder wenn er über ein halbes Jahr eine Wohnung nöthig hat, bis dahin den Miethcontract aufschieben? Daraus ergibt sich für den Rechtsverkehr die Nothwendigkeit des dies ex quo. Allein der dies reicht nicht aus. Die Dispositionen für die Zukunft hängen in ihrer Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit oft noch von zukünftigen Verhältnissen ab; dürfte man sie nur schlechthin treffen, so müßte man sich in manchen Fällen ihrer gänzlich enthalten. Darauf beruht das Verkehrsbedürfniß der Bedingung. Erst sie verleiht der Idee der rechtlichen Beherrschung der Zukunft ihren vollständigen praktischen Abschluß, indem sie uns das Mittel gewährt, Combinationen, Berechnungen, Erwartungen, kurz das bloß Mögliche mit derselben Sicherheit, als wäre es bereits wirklich, in den Kreis unserer Operationen zu ziehen — sie emancipirt von der Schranke der Gegenwart und ermöglicht es, die Zukunft von sich, ohne sich von ihr abhängig zu machen.[208])

---

208) Die im Text entwickelte Bedeutung der Bedingung ist von den römischen Juristen mit gewohntem Takt vollkommen richtig erfaßt, indem sie das Moment des Zukünftigen in die Definition der Bedingung aufnehmen und als Kriterium der ächten Bedingung den Zustand der objectiven Unentschiedenheit oder Pendenz d. h. des Werdens bezeichnen; ein bedingtes Geschäft ist ihnen ein werdendes, aber ein solches, welches die gesetzlichen Bedingungen seines Werdens bereits vollständig in sich trägt und nur noch ein seinem abstracten Thatbestand fremdes, aber für den concreten Entschluß wesentliches Moment zu überwinden hat. Es gereicht unserer Jurisprudenz nicht zur Ehre, daß sie diesen so einfachen und doch so grandiosen, tiefen und wahren Gesichtspunkt bisher so gänzlich übersehen konnte, während sie nicht müde ward, in ächt scholastischer und meines Erachtens recht unergiebiger Weise den logischen Mechanismus der Bedingung zu erörtern und mit

Für den Verkehr unter Lebenden verweiſt das ältere Recht jenen Gedanken der freien Dispoſition über die Zukunft ausſchließlich in die Form der bedingten und betagten Obligation, für das Teſtament realiſirt es ihn theils durch den Grundſatz der freien Widerruflichkeit deſſelben, theils durch Zulaſſung des dies und der conditio.

Alle Rechtsgeſchäfte unter Lebenden mit Ausnahme der Obligation ſind auf die Gegenwart beſchränkt; der zunächſt für die Klagformen des alten Proceſſes und die in jure cessio ausgeſprochene Satz: daß ſie ſämmtlich auf die Gegenwart lauten,[209] gilt auch für die Formeln der Rechtsgeſchäfte. Darin liegt die Ausſchließung ſowohl des dies als der conditio.

Von der Bedingung kennt das alte Recht nur eine Art: die Suspenſivbedingung; die Reſolutivbedingung iſt ganz jungen Datums.[210] Wenn es jene ausſchließlich auf die Obligation beſchränkt,[211] den Verkehr alſo überall, wo der Entſchluß zu

---

ameiſenartiger Geſchäftigkeit das Detail der Lehre von den Bedingungen zu durchwühlen. Die obige Auffaſſung, in der meines Erachtens der ganze Zweck und damit das praktiſche Weſen der Bedingungen beſchloſſen liegt, iſt neuerdings angenommen worden von Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbeſtimmungen bei den Bedingungen, Erlangen 1871 S. 4.

209) Vat. fr. §. 49 nulla legis actio prodita est de futuro.

210) Sie verſtößt nämlich gegen den Grundſatz der Einfachheit des Rechtsgeſchäfts (S. 131), denn in ihrer urſprünglichen Geſtalt war ſie nichts als eine dem Hauptgeſchäft hinzugefügte, auf Rückgabe gerichtete Nebenobligation unter einer Suspenſivbedingung, ihre Betrachtung fällt daher dem dritten Syſtem anheim. — Dieſer Gedanke iſt ſeit Erſcheinen der erſten Auflage von mir des Weitern ausgeführt in meinen Jahrbüchern B. 10 S. 527 flg.

211) Die Vat. fr. §. 329 erwähnen als Fälle der Unzuläſſigkeit der Hinzufügung einer Bedingung: die Beſtellung eines cognitor, die mancipatio, acceptilatio (L. 4 de accept. 46. 4) und expensilatio; zu ihnen fügt L. 77 de R. J. (50. 17) hinzu: die hereditatis aditio, servi optio und datio tutoris (L. 6 §. 1 de tut. 26. 1) und L. 8 de auct. (26. 8) die tutoris auctoritas. Ueber die in jure cessio ſ. Note 208; die manumissio vindicta braucht nicht erſt erwähnt zu werden. Wenn Adolf Schmidt (Bekker Jahrbuch III. S. 263) für die perſönlichen Servituten die Zuläſſigkeit der Beſtellung unter einer Bedingung nach jus civile behauptet, ſo enthalten die

irgend einem Geſchäft noch von zukünftigen Umſtänden abhängt, auf die indirecte Anticipirung deſſelben in Form des bedingten Verſprechens verweiſt, ſo dürfen wir dieſem Gedanken den Ausdruck geben: das ältere Recht proklamirt für alle Geſchäfte den Grundſatz der Reife. Wie ſie im Moment ihrer Vornahme reif ſein ſollen rückſichtlich des Thatbeſtandes, ſo auch rückſichtlich des Entſchluſſes; wo zu letzterem etwas fehlt, ſoll man mit der Vornahme des Geſchäfts ſelbſt noch warten und ſich vorläufig mit der Form, die das Recht für dieſen Zweck in Bereitſchaft hält: der Obligation, begnügen.

Für gewiſſe Geſchäfte iſt aber auch der Gebrauch dieſes Mittels ausgeſchloſſen, ſie dulden alſo weder die directe, noch die indirecte Anticipation, insbeſondere die des Familienrechts. Zur Eingehung einer Ehe ſoll man nach römiſcher Auffaſſung ſich nicht im voraus verpflichten (die Sponſalien ſind rechtlich unverbindlich), eben ſo wenig zur Aufhebung derſelben. Daſſelbe gilt von der Emancipation, Adoption und Arrogation. Alle dieſe Akte haben nach Anſicht des Rechts nur Werth, wenn ſie im Moment ihrer Vornahme frei gewollt werden. Ganz daſſelbe nimmt das römiſche Recht auch für die beiden erbrechtlichen Akte: die Errichtung des Teſtaments und die Antretung der Erbſchaft (II. 212) an, und es beſchränkt ſich demnach die Möglichkeit der Benutzung der Obligation (mit und ohne Zuſatz von dies und conditio) als eines Sicherungsmittels der demnächſtigen Vornahme des Rechtsgeſchäfts oder um es mit einem Wort auszudrücken: der indirecten Anticipirung (obligatoriſchen Discontirung) des Rechtsgeſchäfts lediglich auf den vermögensrechtlichen Verkehr unter Lebenden.

Werfen wir jetzt die Frage auf, ob die alte Jurisprudenz da-

---

von ihm beigebrachten Stellen dafür keinen Beweis, ſie ſprechen theils nämlich bloß vom dies ad quem, theils von der deductio servitutis; daß von beiden ein Schluß auf den dies ex quo und die Bedingung beziehungsweiſe die in jure cessio nicht ſtatthaft iſt, zeigt der Vergleich von Vat. fr. §. 49 u. 50.

mit das Richtige getroffen, ſo möchte es ſchwer ſein, dies in Abrede zu ſtellen. Allerdings würde es für den Betheiligten ungleich vortheilhafter ſein, wenn er ſich das künftige Recht anſtatt auf obligatoriſchem auf dinglichem Wege ſichern könnte d. h. mit der Wirkung, daß daſſelbe mit Eintritt des Tages oder der Bedingung von ſelbſt ihm anfiele. Und in der That hat das ſpätere römiſche Recht dieſen Weg eingeſchlagen, theils nämlich beim Eigenthum durch Zulaſſung der bedingten Tradition — hier ankert das Verhältniß aber doch noch mit dem Erforderniß des gegenwärtigen Eigenthums des Beſtellers und dem äußern Akt der Beſitzübertragung in dem feſten Grunde der Gegenwart; theils durch Zulaſſung der Verpfändung zukünftiger Sachen — hier treibt es, ſo zu ſagen, ohne allen Halt und ohne feſte Richtung auf hoher See umher. Dieſe letztere Form wäre der bloßen juriſtiſchen Idee nach die vollkommenſte, aber vom ökonomiſchen, legislativ-politiſchen Standpunkte aus ruft ſie die gewichtigſten Bedenken wach, und der Umſtand, daß unſere modernen Hypothekengeſetze mit Aufſtellung des Grundſatzes der Specialität ſich zum großen Theil wiederum von ihr losgeſagt haben, kann uns lehren, daß ſie dem wirklichen Intereſſe des Verkehrs eher ſchädlich, als förderlich iſt. Durch die Idee der privatrechtlichen Autonomie (II. 33) iſt ſie keineswegs geboten. Wie ließe ſich auch der Anſpruch rechtfertigen bei Verhältniſſen, die ganz auf die Zukunft geſtellt ſind, derſelben Sicherheit theilhaftig zu werden, die das Recht für diejenigen von ihnen bietet, welche auf dem realen Grunde der Gegenwart ruhen, worauf ließe ſich die Berechtigung gründen, ſtatt der Perſon des Verſprechenden die künftigen Verhältniſſe, bevor ſie noch exiſtiren, in Banden zu ſchlagen? So kann ich alſo mein Geſammturtheil nur dahin abgeben, daß die alte Jurisprudenz im Weſentlichen das völlig Richtige traf, wenn ſie die Dispoſitionen über künftige Verhältniſſe in die Form der bedingten und betagten Obligation verwies.

Vom Standpunkt der Technik aus knüpft ſich an die bedingte Obligation ein eigenthümliches Intereſſe, nämlich das einer Erſcheinung, zu der uns das alte Recht ſonſt kein Gegenſtück darbie-

tet: der *successiven* Entstehung des Rechtsgeschäfts. Denn während die *betagte* Obligation *sofort* zur Existenz gelangt, indem der Tag nur ihre *Erfüllung* hinausschiebt (s. u.), befindet sich die bedingte bis zum Eintritt der Bedingung in dem Zustand des *Werdens*, der *Bildung* — ein Zustand, den das Recht (ich möchte fast sagen: ähnlich wie beim nasciturus!) durch das Verbot aller störenden Eingriffe in den ruhigen Verlauf des Entwicklungsprocesses in Schutz nimmt.[212]) Wie beim nasciturus von der Conception bis zur Geburt zieht sich hier der Entstehungsproceß des Rechtsgeschäfts von dem Akt seiner Vornahme bis zum Eintritt der Bedingung hin, er füllt einen *Zeitraum*, keinen bloßen *Zeitpunkt*. Consequenterweise verlangen daher die römischen Juristen, daß die Erfordernisse der *Möglichkeit* der Entstehung des Rechtsgeschäfts von Anfang bis zu Ende fortdauern müssen[213]) — *ein* Satz, zu dem uns sofort das Testament eine Parallele liefern wird. Daß der Entstehungsproceß des Rechts mit Eintritt der Bedingung abgeschlossen ist, schließt zwar nach logischen Gesetzen die Datirung desselben von einem früheren Zeitpunkt aus, nicht aber die durch praktische Gründe erforderte Durchführung des Satzes, daß der Grund zu demselben durch das Rechtsgeschäft gelegt ist, und daß es sich schon vor seiner *Entstehung* im Zustande des *Werdens* befunden hat[215]) — etwas weiteres haben die

---

212) Die bekannte Regel der L. 161 de R. J. (50. 17). Die weitere Ausführung dieses Gesichtspunkts in meiner Abh. über die passiven Wirkungen der Rechte, Jahrbücher X. S. 462 fl.

213) z. B. die Existenz der verkauften Sache; ihr Untergang hebt den Vertrag auf, L. 8 pr. de peric. (18. 6). Dagegen ist die Willensänderung des Handelnden unschädlich, denn der Wille hat sich mit und in dem Moment des Rechtsgeschäfts erschöpft.

215) Man beachte z. B. folgende Fälle: 1) Die Bedingung tritt erst nach dem Tode des Promittenten oder Promissars ein — ohne jenen Gesichtspunkt hätte man nicht bloß die Entstehung der Obligation theoretisch beanstanden können (arg. L. un. Cod. Ut actiones [4. 11] . . ab heredibus non incipere actiones), sondern es hätte das Schuldverhältniß überhaupt nicht zur Erbmasse gehört. 2) Die Bedingung tritt erst ein, nachdem der Sohn oder Sklave,

Aeußerungen und Entſcheidungen der römiſchen Juriſten, denen man den künſtlichen Geſichtspunkt der ſ. g. rückwirkenden Kraft der Bedingung entnommen hat, nicht zu bedeuten.[216])

Daſſelbe Bedürfniß, das die Obligationen im Verein mit dem dies und der conditio für Rechtsgeſchäfte unter Lebenden zu befriedigen beſtimmt ſind, wiederholt ſich in verſtärktem Maße für die letztwilligen Dispoſitionen. Denn während jene Geſchäfte ſich gleichmäßig in der Gegenwart und Zukunft bewegen, iſt das Gebiet der letzteren ausſchließlich die Zukunft: die Zeit *nach* dem Tode des Teſtators. Eben darum iſt das Teſtament ſtets und nothwendig das, was die Obligation nur dadurch, daß ſie die Bedingung aufnimmt, ſein *kann*: ein ſchwebendes, unfertiges Geſchäft. Um dem Teſtator völlig freie Herrſchaft über die Zukunft zu ſichern, iſt dem Teſtament gerade die Eigenſchaft beigelegt, welche das Rechtsgeſchäft unter Lebenden völlig aufheben würde: die abſolute Widerruflichkeit. Gewährt *ſie* dem Teſtator die Macht über das Stück Zukunft, das er ſelbſt noch erlebt, ſo verſchafft die Bedingung und der dies ihm die Macht über die Zeit nach ſeinem Tode. In welche Gränzen letztere eingeſchloſſen iſt, hat für den vorliegenden Zweck kein Intereſſe.

Aus dem Zuſtand der Pendenz, in welchem ſowohl das Teſtament im Ganzen wie alle ſeine einzelnen Beſtimmungen bis zu ihrer Realiſirung ſich befinden, folgt in gleicher Weiſe wie bei der Obligation, daß diejenigen Requiſite, welche ſich nicht mit dem Akt der Teſtamentserrichtung erſchöpfen, (Fähigkeit der zugezogenen

---

die ſich bedingt haben verſprechen laſſen, von der Gewalt befreit ſind: L. 18 de R. J. (50. 17), L. 78 pr. de V. O. (45. 1), L. 40 de stip. serv. (45. 3); ohne jenen Geſichtspunkt würden ſie ſelber den Erwerb haben beanſpruchen können, während man ihn doch zweifellos dem Vater oder Herrn zuſprechen mußte. Die Bedingung tritt erſt ein, 3) nachdem der Promittent oder Promiſſar aus dem Societätsverhältniß geſchieden iſt (L. 27 pro soc.) (17. 2); ohne jenen Geſichtspunkt wäre die Forderung bez. die Schuld ihm perſönlich zugefallen.

216) Meine Abh. S. 402, S. 528.

Zeugen und factiſches Willensvermögen des Teſtators,) ſondern in dauernder Beziehung zu dem Zweck des Teſtaments ſtehen, (testamenti factio des Teſtators und der eingeſetzten Perſonen,) auch nachher fortdauern müſſen. Und zwar die des Teſtators unausgeſetzt bis zu ſeinem Tode, denn das Teſtament repräſentirt nicht einen Willensakt von ihm, ſondern ein fortdauerndes *Wollen*, dieſes Wollen aber hört auf, nicht bloß wenn dies in der gehörigen Form erklärt wird, ſondern auch wenn der Teſtator die Fähigkeit *rechtlich* zu wollen (testamenti factio) einbüßt.[217] Etwas anders wird die testamenti factio der honorirten Perſonen beſtimmt, eben weil ihre Stellung zum Teſtament eine andere iſt. Sie wird nämlich zuerſt verlangt in dem Moment, wo der Teſtator beginnt in Beziehung zu ihnen zu treten: dem der Teſtamentserrichtung. Von da an aber hört ihre Beziehung zum Teſtament bis zum Moment der Delation auf, und folgeweiſe iſt der vorübergehende Mangel der testamenti factio während dieſer Zeit unſchädlich.[218] Im Moment der Delation muß ſie wieder da ſein und natürlich bis zum Moment der Acquiſition fortdauern.[219]

So hätten wir denn in den beiden bisher betrachteten Verhältniſſen: der bedingten Obligation und dem Teſtament zwei Fälle gefunden, in denen ausnahmsweiſe ſchon das ältere Recht ein *Werden* des Rechtsverhältniſſes zuläßt, wo alſo der Richter die Frage von der Gültigkeit des Rechtsgeſchäfts nicht wie ſonſt einfach nach dem kurzen Moment beurtheilen konnte, in den ſeine Vornahme fiel, ſondern wo er zu dem Zweck den ganzen Zeitraum ins Auge faſſen mußte, der ſich über deſſen Bildung hinzog. Wie wenig aber dieſe beiden Fälle geeignet ſind, unſere Lehre von der Bedeutung des *Zeitpunktes* im älteren Rechte (der „punktualiſirenden Methode“ S. 24) zu erſchüttern, dafür möge es mir noch verſtattet ſein, zwei

217) §. 4. 6 I. quib. mod. (2. 17), L. 6 §. 5 de inj. (28. 3).

218) L. 59 §. 4 de her. inst. (28. 5), §. 4 I. de her. qual. (2. 19), L. 52 de leg. II. (31).

219) §. 4 I. cit.

Erscheinungen in Bezug zu nehmen, von denen die eine noch in das Gebiet des Rechtsgeschäfts hineinreicht, die andere aber wenigstens an dasselbe anstreift. Wenn der Testator eine Capitis deminutio erleidet, späterhin aber die dadurch verlorene Rechtsstellung wiedererlangt, so bleibt das Testament gleichwohl nach Civilrecht ungültig (irritum); ebenso wenn ihm ein Kind geboren wird, das im Testament nicht berücksichtigt war, aber vor ihm stirbt (ruptum). In beiden Fällen — und da zeigt sich wiederum der principielle Gegensatz in der Methode und Auffassung — hält das prätorische Recht das Testament in Form der Bon. Poss. secundum tabulas aufrecht. Der Gegensatz beider Behandlungsweisen reducirt sich vom Standpunkt der Technik aus auf den bisher von uns entwickelten. Das alte Civilrecht beschränkt sich in der Würdigung jener Ereignisse lediglich auf den *Moment* ihres Eintritts, auf die Nachgeschichte derselben nimmt es keine weitere Rücksicht.[220] Das prätorische Recht hingegen verfolgt dieselben bis zum Moment des Todes. Das zweite Beispiel bietet die Usucapion. Das römische Recht erfordert die bona fides nur im *Moment* des Beginns derselben (in initio), das kanonische während der ganzen *Dauer* (continua), der Einfluß der Besitzunterbrechung erschöpft sich nach römischem Recht in und mit dem Moment, d. h. es ist gleichgültig, ob sie sofort wieder aufgehoben wird oder fortdauert, neuere Rechte knüpfen umgekehrt den nachtheiligen Einfluß dieses Usucapionshinderniſſes an seine *Dauer* (II. Note 592).

3. *Simultaneität der Wirkungen.*

Wenn der Thatbestand des Rechtsgeschäfts vorliegt, so *existirt* es, und daß es existirt, äußert es dadurch, daß es *wirkt* — ein Aufschub der Existenz oder der Wirkungen des Rechtsgeschäfts enthält demgemäß eine logische Unmöglichkeit. Freilich auf die *Ausübung* des erlangten Rechts kann der Berechtigte vorerst

220) Ulpian bezeichnet dies in L. 12 pr. de inj. (28. 3) als juris scrupulositas nimiaque subtilitas.

noch verzichten, er kann die Sache, an der er durch Mancipation oder Tradition das Eigenthum erlangt hat, vorläufig im Beſitz des Gebers laſſen, allein daß ungeachtet der Vornahme jener Akte das Eigenthum ſelbſt nicht auf ihn übergehen ſoll, das kann kein Vertrag feſtſetzen, denn das würde den Willen mit ſich ſelber in Widerſpruch ſetzen. Wo dieſer Erfolg dennoch beabſichtigt iſt, d. h. wo bis zu einem beſtimmten Zeitpunkt der Eine, und von da an der Andere das Eigenthum haben ſoll, müſſen die Partheien die Form der Obligation wählen — eine Eigenthumsbeſtellung ex die, ein der Zeit nach im voraus hintereinander geſchichtetes Eigenthum mehrerer Perſonen iſt nach älterem römiſchen Recht eine Unmöglichkeit.[220a])

Der Satz, den ich hier für das Eigenthum aufgeſtellt habe, gilt für ſämmtliche Rechtsbegriffe. Ein leerer Zwiſchenraum zwiſchen dem Rechtsgeſchäft und der Entſtehung des Rechts iſt eben ſo unmöglich, wie eine Trennung von Urſache und Wirkung, oder eine Geburt, bei der das Leben erſt nach einiger Zeit beginnen ſoll. Bei allen Rechtsgeſchäften unter Lebenden[221]) iſt demgemäß die Vertagung der Exiſtenz des Rechts (dies ex quo)[222]) unmöglich. Davon macht auch die Obligation keine Ausnahme; ſie entſteht bekanntlich ſofort, auch wenn die Erfüllung bis zu einem beſtimmten Termin hinaus geſchoben iſt.[223])

220a) Ueber den Fortſchritt, den unſer heutiges und zum Theil bereits das neuere römiſche Recht in dieſer Beziehung gemacht hat, ſ. die citirte Abh. von mir, S. 509 fl.

221) Dies erkennt Paulus auch für den Uſusfructus an, Vat. fr. §. 49; L. 4 de usufr. (7. 1) von demſelben kann alſo nicht das Gegentheil ſagen. Dagegen konnte der Richter im Theilungsproceß eben ſo wie der Erblaſſer den Uſusfructus ex die beſtellen, L. 16 §. 2 fam. erc. (10. 2), nicht aber einen Tutor ex die; vergleiche L. 77 de R. J. (50. 17) mit §. 3 I. Qui test. (1. 14).

222) Die Unzuläſſigkeit des dies ad quem hat meiner Anſicht nach mit der Theorie des Rechtsgeſchäfts nichts zu ſchaffen, ſie kann vielmehr nur aus der Theorie der Rechte befriedigend erklärt werden.

223) L. 46 pr. de V. O. (45. 1) . . praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio.

Nur beim Testament begründet auch hier wiederum der Gesichtspunkt, daß dasselbe die Zukunft zu seinem Gebiet hat, insofern eine Abweichung, als der Testator, wenn auch nicht die Erbeseinsetzung, so doch das Legat an einen beliebigen Anfangstermin knüpfen kann.

So bewährt sich denn der Gesichtspunkt der Concentration auch für die Wirkungen des Rechtsgeschäfts, es gilt für sie dasselbe Gesetz der Gleichzeitigkeit, wie für die Voraussetzungen desselben. Alle Momente des Rechtsgeschäfts: der äußere Akt der Handlung, der Thatbestand, die Existenz und die Wirksamkeit desselben fallen in einen Fokus zusammen, das gesammte Rechtsgeschäft in ein einziges untheilbares Ganzes.

Mit dieser Untheilbarkeit des Rechtsgeschäfts steht in Einklang die Regel des ältern Rechts über die Unzulässigkeit der Stellvertretung.[224]) Die wahre, ächte Stellvertretung beruht auf einer Trennung der Ursache und Wirkung beim Rechtsgeschäft; die Ursache: die Handlung fällt auf die Person des Stellvertreters, die Wirkung: das Recht auf die des Repräsentirten, sie schließt also eine künstliche Spaltung dessen in sich, was bei der natürlichen Gestalt des Verhältnisses eins ist.[225]) Ich bin zwar nicht gemeint, in einem formal technischen Gedanken den letzten Grund der Ausschließung der Stellvertretung zu erblicken, allein gleichwohl ist es höchst beachtenswerth, daß auch dieses Stück der Theorie des alten Rechtsgeschäfts sich einem Gesichtspunkt fügt, den wir im übrigen für die ganze Structur des alten Rechtsgeschäfts bewährt gefunden haben.

---

224) Der Ausspruch der L. 123 pr. de R. J. (50. 17): nemo alieno nomine lege agere potest galt auch für die Rechtsgeschäfte; auch in dieser Richtung wiederholte sich die Gleichheit der Structur des Processes und des Rechtsgeschäfts.

225) Diesen Gedanken der nothwendigen Einheit der Ursache und Wirkung in derselben Person deutet auch die bekannte L. 11 de O. et A. (44. 7) an: quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt (Ursache) nisi ex nostra persona obligationis initium sumant (Wirkung) inanem actum nostrum efficiunt.

Dieser Satz, daß das Rechtsgeschäft in der Person des Handelnden seine Wirkungen äußern müsse, gilt auch in Bezug auf das Verhältniß des Erblassers zum Erben. Die letztwilligen Verpflichtungen, die jener diesem auferlegt, entstehen erst in der Person des letztern, die durch Rechtsgeschäft unter Lebenden begründeten Verpflichtungen und Forderungen dagegen müssen ihren Ursprung umgekehrt noch in der Person des Erblassers nehmen, lassen sich also nicht auf die Zeit nach seinem Tode stellen.[226])

Hiermit ist das Ziel, das wir uns gesteckt haben, erreicht, und es ist jetzt an der Zeit, die einzelnen zerstreuten Züge, die uns theils die gegenwärtige, theils frühere Darstellungen zu dem Bilde des alten Rechtsgeschäfts geliefert haben, zu einem Totaleindruck zusammen zu fassen. Wie alles, was aus den Händen der alten Jurisprudenz hervorgegangen ist, so trägt auch das Rechtsgeschäft den Charakter schärfst ausgeprägter Individualität an sich. Ein altrömisches Rechtsgeschäft ist nicht, wie so manches heutige, eine formlose Willensmasse, die das souveräne Belieben der Partheien zusammen gegossen hat, und die erst der Kunst des Richters harrt, um in seine Bestandtheile aufgelöst und bestimmt zu werden: Kauf, Miethe, Eigenthum, Servituten, Pfandrecht, Verzicht u. s. w. in wildem Gemenge durcheinander, sondern das sind Individuen, wie die alten Actionen, äußerlich und innerlich, genau begränzt nach Seiten des Inhalts, dem sie zugänglich sind, unfähig etwas anderes in sich aufzunehmen, als was ihr Begriff gestattet. Mit dem Moment, mit dem sie ins Dasein treten, fertig und vollendet, schließen sie sich eben so streng gegen die Vergangenheit wie die Zukunft ab; gegen jene, indem sie alles, was diesseits von ihnen liegt, durch die Form, die das Rechts-

226) Gaj. III. 100 . . . inelegans visum est, ex heredis persona incipere obligationem. L. 36 §. 1 ad leg. Aq. (9. 2). Wie diese Regel später durch ein pactum de non petendo in personam und eine darauf gegründete exceptio umgangen ward (L. 33 de pact. 2. 14, L. 10 de pact. dot. 23. 4) und darum ganz verständigerweise von Justinian in der L. un. Cod. Ut actiones (4. 11) völlig aufgehoben ward, gehört nicht mehr hierher.

geschäft von der Vorverhandlung scheidet, für immer abschütteln und sich ganz auf sich selbst und das, was in ihnen offensichtlich zu Tage tritt, beschränken — gegen die Zukunft, indem sie in dem Moment ihres Auftretens auch sofort in allen ihren Theilen erstarren und unabänderlich werden, keine spätern Zusätze und Nachträge dulden, keine Unentschiedenheit und Unbestimmtheit, keine Frage, die ihre Lösung erst von der Zukunft zu erwarten hätte, keinen Aufschub der Wirkung, sondern ganz und ausschließlich gestellt auf den sichern, realen Boden der Gegenwart und ihre Kraft sofort bethätigend.

Das die Structur und Physiognomie des alten Rechtsgeschäfts! Gewiß ein würdiges Seitenstück zur alten Actio, beide würdig der Bezeichnung von Individuen und plastischen Gestalten; der Zug eiserner juristischer Disciplin geht durch beide hindurch. Ob diese Disciplin beim Rechtsgeschäft schwerer vom Leben empfunden, ob die knappen Formen und streng abgemessenen Bahnen, in die sie den Verkehr zwang, die freie Regung und Bewegung desselben mehr gehindert, als die entsprechenden Einrichtungen des Processes — diese Frage glaube ich nach dem, was ich über sie schon öfter (II. 401, 488) bemerkt habe, nicht erst noch aufwerfen zu sollen.

C. Die abstracte Analyse.

1. Grundsatz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper.

Gegensatz des ältern und neuern Rechts — zusammengesetzte und einfache Rechtskörper. — Maßstab der Einfachheit — juristische Gestaltung des Obligationselements in nicht-obligatorischen Verhältnissen (analytische Composition der alten rei vindicatio). — Prüfung der Rechte vom analytischen Standpunkt. — Gedanke der Einseitigkeit der Rechtsverhältnisse.

Nihil admixtum, nihil concretum, nihil copulatum, nihil coagmentatum, nihil duplex.
Cic. Tusc. disp. I. c. 29.

LIV. Die bisher behandelte concrete Analyse hatte die Rechtsverhältnisse zum Gegenstande, sie hat uns gezeigt, wie bei der Begründung und gerichtlichen Geltendmachung derselben, d. i. im Mechanismus des Rechtsgeschäftes und Processes der Gedanke der Zersetzung zur Geltung gelangte. Die folgende Untersuchung beschäftigt sich mit den Rechtsbegriffen, sie soll ermitteln, welchen Antheil der Gedanke der Zersetzung an der Bildung des abstracten Rechts, an der Gestaltung und Structur der materiellen Rechtsbegriffe gehabt hat. Einer richtigen logischen Anordnung zufolge, scheint es, hätte diese letztere Untersuchung der ersten vorangehen sollen, denn vorher müssen die Begriffe doch erst da sein, bevor sie angewandt werden können. Allein dies ist nur in der Idee wahr; in der Wirklichkeit bilden sich die Rechtsbegriffe und die Formen ihrer Anwendung, das materielle Recht, der Proceß und das Rechtsgeschäft, nicht eins nach dem andern aus, sondern gleichzeitig, wie die verschiedenen Theile des menschlichen Körpers. Der Grund, der jene Anordnung empfahl, hängt mit dem eigenthümlichen Verhältniß zusammen, welches in der Jugendperiode des Rechts zwischen dem materiellen Recht und Proceß obwaltet (S. 18 fl.). Während in der abstracten Periode des Rechts, in der wir uns heute befinden, die Begriffe des mate-

riellen Rechts ſich bis zu einem gewiſſen Grade ganz für ſich allein behandeln laſſen — ich möchte hinzufügen: leider nur zu oft ſelbſt über dieſe Gränze hinaus ſo behandelt werden! —, Proceß und materielles Recht ſich hier faſt fremd gegenüber ſtehen, ſind dieſe beiden Theile auf jener Entwickelungsſtufe des Rechts in dem Maße verbunden und verwachſen, daß die meiſten Begriffe des materiellen Rechts, wenn ich ſo ſagen darf, überhaupt nur exiſtiren als proceſſualiſche Begriffe: die Forderung als actio in personam, das Nexum als manus injectio, gewiſſe andere Anſprüche als pignoris capio u. ſ. w., und es empfahl ſich daher, ſich von dieſer Seite ihnen zuerſt zu nähern. Die Schwierigkeiten einer jeden Darſtellung ſteigern ſich in demſelben Maße, in dem ſie vom Aeußern ins Innere vordringt. Im Proceß, im Rechtsgeſchäft ſpielt der Gedanke der Zerſetzung noch auf der Oberfläche, es iſt eine Maſchinerie, ein äußerer Mechanismus, den man *ſehen*, ja den ſelbſt ein blödes Auge ſehen kann, im materiellen Rechte dagegen, wo er ein mehr innerliches Daſein führt, bedarf es aller Kunſt des geübten Blicks und aller Anſtrengung des erfahrenen Denkens, um inne zu werden, daß und wie er auch hier ſich betheiligt. Dazu kommt noch, daß er auf dieſer inneren Seite des Rechts nicht denſelben Spielraum vorfindet, wie dort auf der äußeren Seite deſſelben. Der Mechanismus des Proceſſes und Rechtsgeſchäftes iſt etwas rein Formales, bei ihm hat ein formaler Gedanke, wie es der der Zerſetzung iſt, völlig freies Spiel, auf dem Gebiete des materiellen Rechts dagegen geſellen ſich ihm als geſtaltende Motive noch Gedanken anderer, materieller Art hinzu, mit denen er ſich in die Herrſchaft zu theilen hat. Während daher bei jenen beiden der Geſichtspunkt der Analyſe ausreichte, um das ſpecifiſch juriſtiſche Intereſſe derſelben, ſoweit es nicht ſchon früher bei Gelegenheit des Formalismus berührt ward (§. 45—47), vollſtändig zu erſchöpfen, ſo daß wir alſo fortan in *dieſem* Syſtem uns mit ihnen nicht mehr werden zu beſchäftigen haben, iſt dies für die Begriffe des materiellen Rechts keineswegs der Fall, wir werden vielmehr genöthigt ſein, auf ſie ſpäter (Theorie der Rechte) noch ausführlich zurück-

zukommen, um den Reichthum der Gedanken, den ſie in ſich bergen, zu erſchließen.

Aber hat denn jener Gedanke überhaupt einen Antheil an der Bildung der Begriffe? Was hat die Analyſe gemein mit dem Eigenthum, der väterlichen Gewalt, dem Erbrecht? Was hätte die Jurisprudenz an dieſen Begriffen, die ſie ihrer Subſtanz nach fertig aus den Händen des Lebens überkam, noch zerſetzen können? Was ihr erübrigte, ſcheint nichts weiter geweſen zu ſein, als die realen Thatſachen und Verhältniſſe der Sitte und des Verkehrs in die Form des Begriffs zu bringen. In gewiſſem Sinn kann man zwar auch dieſe Thätigkeit eine analytiſche und jeden Begriff ein Zerſetzungsproduct nennen, inſofern nämlich die Bildung der Begriffe darauf beruht,. daß der denkende Geiſt aus der flüſſigen Gedankenſubſtanz *einen* Stoff nach dem andern herausgreift, ihn abgränzt und abſcheidet und zur Selbſtändigkeit des individuellen logiſchen Seins erhebt. Aber in dieſem Sinn iſt die Analyſe, die hier zur Frage ſteht, nicht gemeint, in dieſem Sinn iſt ſie das Denken ſelber, eine allgemein logiſche, keine ſpecifiſch juriſtiſche Operation.

Der ſo eben aufgeworfene Zweifel wurzelt in einer Anſchauung, die, ohne je wiſſenſchaftlich begründet, in Frage geſtellt oder überhaupt nur einmal ausgeſprochen zu ſein, doch als ſtillſchweigendes Axiom allgemein verbreitet iſt. Ich faſſe ſie in die Formel zuſammen: die Rechtsbegriffe gelten unſerer Wiſſenſchaft nicht als *Kunſt*-, ſondern als *Naturproducte*, als gegebene Thatſachen des Rechtslebens, welche der Begriff nur zur Einheit der Vorſtellung und Klarheit des Denkens zuſammengefaßt hat. Dieſe Anſchauungsweiſe iſt meines Dafürhaltens aber eine völlig irrige. Ohne den Ausführungen vor zu greifen, welche ich der Theorie der Rechte (Abſchn. 2. Abth. 1) vorbehalten muß, kann ich ſchon an dieſer Stelle, indem ich mich rein auf unſern Geſichtspunkt der Analyſe beſchränke, ſo viel behaupten und getraue mir es zu beweiſen: die Begriffe des ältern Rechts ſind *nicht* einfache Formulirungen der Verhältniſſe, wie ſie thatſächlich im Leben vorkamen, ſondern

ſie ſind nach den Geſetzen der Analyſe in eine ſpecifiſch-juriſtiſche, dem naiven Denken des Laien fremde Form gebracht — ihre Structur, d. h. ihre begriffliche Abgränzung, Geſtaltung, Individualität, verdanken ſie nicht den realen Motiven, Zwecken, Impulſen des Lebens, ſondern der Kunſt.

Zwei Richtungen ſind es, in denen ſich die Kunſt in der analytiſchen Geſtaltung der Rechtsbegriffe thätig erwieſen, zwei Geſetze ſind es, vermittelſt deren ſie dieſelbe erzielt hat. Das eine bezeichne ich als Geſetz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper, das zweite als Geſetz der analytiſchen Vereinfachung des Thatbeſtandes. Beide kennzeichnen ſich ſofort als ächt juriſtiſche Ideen, als Producte der Reflexion und eigenthümliche Kunſtgriffe, beide reichen offenbar in jene Zeit hinauf, wo von einer Jurisprudenz im ſpätern Sinn noch keine Rede war, ſie gehören zu dem älteſten Stück römiſcher Jurisprudenz, das uns überliefert iſt. In ihren Nachwirkungen, in den Inſtituten, in denen ſie einmal fixirt waren, erhielten ſie ſich allerdings noch bis in die ſpätere Zeit hinein, nicht aber als productive Principien — die poſitiv neuen Bildungen des ſpätern Rechts athmen einen andern Charakter, ſind in einem ganz andern Styl angelegt. Eben darum weiſe ich beide ausſchließlich dem ältern Recht zu, dem die Ehre ihrer Erfindung gebührt, und werde daher im dritten Syſtem nicht nochmals auf ſie zurückkommen.

Das erſte Geſetz, das der elementaren Einfachheit der Rechtskörper, dem ich mich jetzt zuwende, beſchränkt ſich auf die ſtructuelle Geſtaltung der von mir früher (II. 328) ſo genannten ſelbſtändigen oder concreten Rechtskörper, d. h. derjenigen, welche im Gegenſatz zu den abſtracten, die nur in und an andern vorkommen, ſich ſelbſtändig verwirklichen, ſich zu concreten Rechtsverhältniſſen geſtalten können, wie z. B. die Obligation, das Eigenthum. Eine Vergleichung derjenigen dieſer Begriffe, die dem neuern Recht ihren Urſprung verdanken, mit denen des ältern führt

zu dem überraschenden Resultat, daß erstere fast ausnahmslos aus zwei systematisch verschiedenen Begriffen zusammengesetzt sind, während letztere nicht bloß kein einziges derartiges Beispiel aufzuweisen haben, sondern umgekehrt in allen Fällen, wo der natürliche Thatbestand des Verhältnisses einen Zwang dazu in sich zu schließen scheint, demselben in einer Weise ausweichen, die über die Absichtlichkeit dieser Wendung und das ihm zu Grunde liegende Motiv keinen Zweifel aufkommen läßt. Die erstere Behauptung möge durch eine tabellarische Uebersicht, bei der ich auch Beispiele aus dem heutigen Recht aufgenommen habe, veranschaulicht werden.

Es verbinden sich im spätern römischen oder in unserm heutigen Recht zur Einheit des Rechtsbegriffes:[226a])

	die Begriffe		Combinationsbildung
1.	Eigenthum	Obligation:	Superficies, Emphyteusis,[227]) Servituten am Provincialboden.[228])
2.	— —	Ehe	Gütergemeinschaft.
3.	Grundeigenthum	Macht über die Person	Colonat, Leibeigenschaft.
4.	—	publicistische Rechte	Lehnrecht, Patrimonialgerichtsbarkeit, Steuerfreiheit, Landstandschaft u. s. w.
5.	—	gewerbliche Rechte	Realgerechtigkeiten, Bannrechte u. s. w.

226a) Ich habe mich bei der folgenden Tabelle auf die materiellen Rechtsinstitute beschränkt; in welchem Maße die bei ihnen constatirte Erscheinung sich auch bei den Klagen des neuern Rechts wiederholt, wird aus dem Verlauf der Darstellung erhellen.

227) Der Eigenthümer des Grundstücks als solcher hat den Anspruch auf den Kanon, letzterer ist also hier activ an das Eigenthum geknüpft.

228) Der Servitutzweck ward hier erreicht in Form einer activ wie passiv auf die Nachfolger beider Grundstücke übergehenden Obligation; dies ist inzwischen von mir nachgewiesen in der öfters angeführten Abh. Jahrb. X. S. 554—562.

6.	Beſitz	Obligation	Verbindung der Obligation mit dem Beſitz einer Sache.[228a]
7.	Jus in re	väterliche Gewalt	Nießbrauch an den bona adventitia.
8.	—	Obligation	Superficies, Emphyteuſis, Pfandrecht.[229]

Wenn nun das ältere Recht, wie ſofort gezeigt werden ſoll, kein einziges derartiges Beiſpiel darbietet, ſo könnte dies möglicherweiſe darin ſeinen Grund haben, daß es der älteren Zeit an der Subſtanz dafür gefehlt habe. Man könnte meinen, jene complicirten Bildungen ſeien das Kennzeichen und das Product einer höhern Stufe der wirthſchaftlichen Entwicklung, die einfacheren Verhältniſſe der früheren Zeit dagegen hätten auch ungeſucht zu einfachen Begriffsbildungen geführt. Dieſe Vorſtellung iſt eine irrige, ſie widerlegt ſich vollſtändig durch den Hinweis auf ſolche Verhältniſſe des ältern Rechts, die das Material zu einer derartigen Begriffsbildung in ſich ſchloſſen wie z. B. den Uſusfructus (S. 137) und die unten zu erörternden Verhältniſſe. Die Art und Form ihrer juriſtiſchen Geſtaltung beſteht nicht, wie im neuern Recht, in einer Verſchmelzung der heterogenen Elemente zur Einheit des Begriffs, ſondern in einem äußerlichen Nebeneinanderſtellen der verſchiedenen einfachen Begriffe, in einem ſeparaten, ſucceſſiven Operiren mit jedem einzelnen von ihnen. Das ganze Verhältniß wird

228a) Paſſiv: Uebergang der Verpflichtung zur Leiſtung der fideicommissaria libertas auf den jedesmaligen Beſitzer des Sklaven (Jahrb. X. S. 519—522), was eben ſo hinſichtlich der obligatoriſchen Vereinbarungen zu Gunſten des Sklaven galt (daſelbſt S. 546), der Verpflichtung aus der Provincialſervitut (vorige Note) aus der Reallaſt; activ: Uebergang des Forderungsrechts bei den Papieren auf den Inhaber.

229) Der Erwerber der beiden erſten Rechte ſuccedirt activ und paſſiv in die Obligation. Der Beſitzer als ſolcher hat keinen obligatoriſchen Anſpruch gegen den Eigenthümer und dieſer nicht gegen ihn, letzterem bleibt nichts übrig, als die Sache von ihm vindiciren. Mit der Forderung geht auch zugleich das Pfandrecht auf den Nachfolger über, in unſerer heutigen Rechtsentwicklung iſt auch das Gegenſtück: Uebergang der Schuld mit dem Eigenthum (Grundſchuld) zum Vorſchein gekommen.

stückweise errichtet, es ist nicht Ein juristisches Ganze, sondern eine Combination von verschiedenen, ökonomisch zwar durch den gemeinsamen Zweck verbundenen und um ihn als ihren Mittelpunkt gravitirenden, juristisch aber völlig selbständigen Begriffen.

Das Gesetz, welches hier zur Anwendung gelangt, liegt offen vor: die ältere Jurisprudenz duldet nur einfache, keine zusammengesetzten Körper. Aber was heißt: einfache und zusammengesetzte Körper, nach welchem Maßstabe bestimmte die Jurisprudenz den Begriff der Einfachheit? Die Antwort lautet: nicht darnach, ob ein Verhältniß des Lebens seinem Zweck, seiner Bestimmung nach ein für sich abgeschlossenes Ganze bildete (ökonomische Einheit), sondern darnach, ob dasselbe mit Hülfe der von ihr angenommenen juristischen Grundbegriffe sich noch weiter zerlegen ließ. Der Maßstab war also kein absoluter, sondern ein relativer, ein historischer, aber gleichwohl ein ganz faßbarer, bestimmter. Zusammengesetzt war ein Verhältniß, das einen Begriff, der als solcher im Leben vorkommen konnte, als Element seiner Substanz in sich schloß. Darum war z. B. der Kaufcontract ein zusammengesetzter Körper, denn die einfachste Form, in der die Obligation im Leben vorkommt, ist die einseitige Obligation, der Kaufcontract aber erzeugt zwei Obligationen, er läßt sich also auflösen in zwei einseitige. Soll unsere Behauptung richtig sein, so muß mithin das ältere Recht keine zweiseitigen Obligationen gekannt haben. Die einfachste Form des Rechtsverhältnisses, wie es z. B. im Eigenthum zu Tage tritt, ist die des einseitigen Rechts, d. h. des Rechts ohne alle Verpflichtung. Soll unser obiger Satz aufrecht bestehen, so darf die ältere Jurisprudenz keine mit Pflichten gemischte Rechte geduldet haben, so dürfen die verschiedenen Rechte nie zur Einheit eines dritten selbständigen Rechts verschmolzen worden sein.

Untersuchen wir, ob unser Grundsatz die Probe besteht. Ich wende mich zu dem Zweck zuerst einer Erscheinung zu, die meines Erachtens mehr als irgend eine andere den Leser sofort auf die Höhe der Aufgabe hebt und ihm das innerste Geheimniß der Analytik des alten Rechts erschließt.

Der Gedanke der Verpflichtung beſchränkt ſeine Herrſchaft keineswegs auf dasjenige Gebiet, in dem er ſeinen eigentlichen Sitz hat und ſeine feſte Ausprägung und Verkörperung gefunden hat: das Obligationenrecht; als unſichtbares, individuell nicht ausgeprägtes, unkörperliches Element durchdringt er die ganze Rechtswelt, alle Verhältniſſe belebend und erhaltend, gleich dem Sauerſtoff der atmoſphäriſchen Luft. Nicht das iſt mit dieſer Behauptung gemeint, daß es auf allen Gebieten des Rechts Obligationen gibt, wie z. B. auf dem des Familienrechts die Dotations-, Alimentations-Verbindlichkeit, die Dotalklage, auf dem des Erbrechts die Vermächtnißobligation — hier tritt der Gedanke der Verpflichtung in ſeiner ſpecifiſchen, im Obligationenrecht ausgeprägten Form auf: in der einer mit einer actio in personam zu verfolgenden obligatio. Sondern gemeint iſt, daß er auch in nicht-obligatoriſchen Rechtsverhältniſſen als bloßer Obligationsſtoff anweſend ſein kann, ohne die Form der Obligation anzunehmen. Es gibt kaum einen der Obligation antagoniſtiſcheren Rechtsbegriff, als den der in rem actio, und doch in welchem Maße ſind manche in rem actiones des neuern Rechts mit obligatoriſchem Element verſetzt! Die moderne reivind. iſt faſt mehr obligatoriſcher, als dinglicher Art, wie dies die unten folgende Analyſe derſelben darthun wird, und doch wird ſie in dieſer Beziehung noch überboten durch die hereditatis petitio. Aeußerlich aber wird bei beiden das obligatoriſche Element gar nicht ſichtbar, es iſt nur vorhanden in Form von Regeln und Grundſätzen obligatoriſcher Art — der Unkundige, der das Daſein des Stoffs nur nach der äußern Form beurtheilt, und dem das Auge fehlt, um die Elemente zu erkennen, auch wo ſie in bloß ſubſtantieller Art anweſend ſind, merkt von jenem Stoff Nichts und glaubt daher in den beiden Klagen rein dingliche Klagen vor ſich zu haben.

Dieſe Verſetzung nicht-obligatoriſcher Verhältniſſe mit obligatoriſchen Elementen ſteigert ſich in eben dem Maße, wie ſie ſelber im Lauf der Zeit ſich vervollkommnen — der Grad der Vollkommenheit eines Rechts bemißt ſich nach ſeiner Sättigung mit obli-

gatorischem Stoff. Im entwickelten Recht führt der Gedanke der Obligation das Regiment, es gibt keinen Fleck, keinen noch so verborgenen Winkel, wohin diese flüchtige Substanz nicht dränge. Es muß dem dritten System vorbehalten bleiben, diese Thatsache des Nähern zu begründen,[229a] an der gegenwärtigen Stelle gilt es nur festzustellen, in welcher Form das ältere Recht diesen accessorischen Obligationsstoff zur Wirksamkeit gebracht hat. Wenn es in gleicher Weise geschehen ist, wie im spätern Recht, so ist unser Grundsatz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper *nicht* begründet, denn unter dieser Voraussetzung würde dasselbe *zusammengesetzte* Rechtskörper gekannt haben. Soll unser Grundsatz wahr sein, so muß das ältere Recht entweder bei jenen Verhältnissen die Beihülfe der obligatorischen Principien völlig verschmäht haben — und dies war unmöglich und ist nicht der Fall gewesen, wenn gleich das Maß, in dem es sich derselben bediente, ungleich geringer war, als im spätern Recht —; oder aber es muß dieser Stoff in die ihm adäquate Form der Obligation gebracht d. h. also neben dem Verhältniß, um dessen obligatorischen Ausbau es sich handelte, *besondere*, ihrem Zweck nach um letzteres als um ihren Mittelpunkt gravitirende, *juristisch aber völlig selbständige Obligationen* geschaffen haben. Und so verhält es sich in der That. Wo das alte Recht in irgend einem Verhältniß, sei es in, sei es außer dem Proceß der Verpflichtung zu einem Thun bedarf, da bringt es dieselbe regelmäßig in die Form einer eigenen durch einen besondern Akt zwischen beiden Partheien ins Leben gerufenen Obligation; unsere moderne Idee, daß das Verhältniß als solches eine obligatorische Kraft in sich schließe, ist ihm völlig fremd, selbst für den *Proceß*. Was heutzutage die nothwendige Folge irgend eines processualischen Aktes ist, sich für unsere Auffassung aus dem Getriebe des Verfahrens mit Nothwendig-

---

229a) In Bezug auf die obligatorische Gestaltung des neuern Processes ist dies inzwischen bereits von *Kuntze* Institutionen und Geschichte des R. R. B. 2 S. 218 geschehen.

keit ergibt, wird im alten Proceß erſt durch eine (indirect erzwungene) Obligation von der betreffenden Parthei ſpeciell und ausdrücklich übernommen, letztere iſt nur verpflichtet, wenn ſie ſich verpflichtet hat, aber es wird dafür geſorgt, daß ſie ſich verpflichten muß.

Es liegt nicht in meiner Abſicht, dieſe für die Signatur des ältern Rechts ſo höchſt bezeichnende Erſcheinung in ihrer ganzen Ausdehnung zu verfolgen, es genügt, ſie an einigen Hauptanwendungsfällen klar zu machen.

Unter ihnen nimmt die erſte Stelle ein die Behandlung des obligatoriſchen Elements in der alten reivindicatio. In der Reinheit ihrer Idee bildet die reivind. den ſchärfſten Gegenſatz zur actio in personam und zur Obligation, „non personam obligat, sed rem persequitur“,[230]) wie es noch in ſpäterer Zeit von ihr heißt, wo freilich dieſe Bezeichnung ihre Wahrheit bereits zum größten Theil eingebüßt hatte, d. h. ſie verfolgt lediglich die Sache (agitur in rem), ſie folgt ihr, wohin ſie gelangt, und begehrt Nichts von ihr, als was ſie ſelber ohne vermittelnde Thätigkeit des Beklagten zu gewähren vermag, die Sache haftet, die Sache leiſtet, die Perſon des Beklagten hat nur die Bedeutung, daß ſie zwiſchen dem Kläger und dem Object ſeines Anſpruches in der Mitte ſteht und darum durch den Proceß erſt hinweggeſchoben werden muß.

Dieſe urſprüngliche Idee der reivind. iſt freilich im neuern Recht bis zur Unkenntlichkeit entſtellt. Die moderne reivind. iſt durch und durch mit obligatoriſchen Elementen verſetzt, ja man könnte ſagen: ſie iſt eine perſönliche Klage geworden, die nur, was ſie ja mit manchen actiones in personam (ſ. g. in rem scriptae) theilt, paſſiv durch den Beſitz beſtimmt wird. Ihr obligatoriſcher Charakter bethätigt ſich nach drei Seiten: ſie umfaßt obligatoriſche Anſprüche aus der Zeit vor Beginn des Proceſſes, aus der Zeit während des Proceſſes und ſolche, die erſt mit Beendigung des Proceſſes entſtehen. In der erſten Richtung kann ſie für den Kläger zwei, für den Beklagten einen Anſpruch verfolgen,

230) L. 2 Cod. si unus (8. 32).

für jenen nämlich den wegen dolus praeteritus und den wegen der Früchte, für dieſen den wegen der Impenſen. Will man ſie in Richtung auf den erſtgenannten klägeriſchen Anſpruch beim rechten Namen nennen, ſo muß man ſagen: ſie übt hier die Function einer Pönalklage, einer etwas modificirten[231]) act. de dolo aus. In Richtung auf den zweiten Anſpruch des Klägers hält ſie ſich innerhalb der reinen Vindicationsidee nur da, wo ſie die von einem malae fidei possessor gezogenen und bei ihm noch vorhandenen Früchte verfolgt, — denn an ihnen hat Kläger das Eigenthum —, in den beiden andern möglichen Fällen dagegen, wenn nämlich dieſe Früchte nicht mehr vorhanden, oder wenn der Beklagte bonae fidei possessor iſt, ſchlägt ſie in eine condictio um, denn hier hat ſie nicht Eigenthum in der Perſon des Klägers, ſondern Bereicherung aus deſſen Vermögen in der Perſon des Beklagten, alſo ein obligatoriſches Motiv, zu ihrem Fundamente.[232]) Für den Anſpruch des Beklagten auf Erſatz der Impenſen bedarf die obige Behauptung keiner Bemerkung, er ſtützt ſich ebenfalls auf Bereicherung.

Während des Proceſſes äußert ſich die obligatoriſche Kraft der reivind. darin, daß ſie den Beklagten zur diligentia und in gewiſſem Grade zur Präſtation des Zufalls verpflichtet,[232a]) am Ende deſſelben darin, daß auch ſie, ganz wie die act. in perso-

---

231) Modificirt: inſofern ſie keinen Beweis des Schadens erfordert und keine Infamie zur Folge hat. Die pönale Natur bewährt ſich darin, daß ſie paſſiv vom Uebergang auf die Erben ausgeſchloſſen iſt. L. 52 de R. V. (6. 1).

232) Für die m. f. p. ſpricht die L. 15 de usuris (22. 1) ausdrücklich dieſen Geſichtspunkt aus: qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur, ebenſo L. 3 Cod. de cond. (4. 9) . . de extantibus fructibus vindicatione, de consumtis vero condictione conventus L. 22 §. 2 de pign. act. (13. 7), L. 18 de exc. (44. 1), für den b. f. p. folgt es daraus, daß er als ſolcher Eigenthum an den Früchten erwirbt.

232a) Ulpian rechtfertigt dies in L. 15 §. 3 de R. V. (6. 1) durch Heranziehung des dem Obligationenrecht angehörigen Begriffs der mora — ein ſchlagender Beweis, wie ſehr den ſpätern römiſchen Juriſten die Betrachtung des Verhältniſſes unter dem Geſichtspunkt der Obligation zur zweiten Natur geworden war.

nam, mit einer Geldcondemnation, alſo einer Verpflichtung endet.

Von alle dem kennt die reivind. in ihrer urſprünglichen Geſtalt Nichts. Zunächſt nicht die Haftung wegen dolus praeteritus (S. 29). Sodann nicht den Anſpruch wegen der Früchte, was in meinen Augen wenigſtens keinem Zweifel unterliegt. Die von einem b. f. p. gezogenen Früchte fielen in ſein Eigenthum, konnten alſo nicht vindicirt werden. Eben ſo wenig die vom m. f. p. bereits conſumirten, denn das zu vindicirende Object muß noch exiſtiren, ſchon darum weil es mit vor Gericht gebracht werden muß. Dieſe beiden Kategorien von Früchten hätten alſo nur mit der Formel der perſönlichen Klage: dare oportere d. h. ſelbſtändig und unabhängig von der reivind. verfolgt werden können; denn daß die Combination des dare oportere und rem meam esse zu einer Klage nach Grundſätzen des älteren Proceſſes eine Unmöglichkeit, ein Unding war, wird nach den Ausführungen des §. 51 keiner Bemerkung bedürfen. Bleiben alſo nur die beim m. f. p. noch in Natur exiſtirenden Früchte. Daß auch ſie im alten Proceß weder ſelbſtändig noch mit der Hauptſache vindicirt werden konnten, iſt eine Behauptung, für die ich den Beweis zunächſt noch ſchuldig bleiben muß.[233] Die wirkliche Klage, deren ſich der Eigenthümer rückſichtlich ihrer zu bedienen hatte, iſt bereits S. 31 angegeben, es war die Diebſtahlsklage.[234]

Daß der Gegenanſpruch des Beklagten auf Erſatz ſeiner Im-

---

233) Ich habe ſie ſchon S. 31 ausgeſprochen. Ich ſtütze ſie nicht darauf, daß die Früchte einzeln hätten vindicirt werden müſſen — dies Bedenken wäre ein grundloſes, V. Göppert, Ueber einheitliche, zuſammengeſetzte und Geſammtſachen, Halle 1871 S. 100 u. fl. — ſondern darauf, daß die res nec mancipi in alter Zeit überhaupt nicht Gegenſtand der Vindication ſein konnten. Das Weitere im folgenden Bande.

234) S. außer den Note 232 citirten Stellen, welche bloß die condictio überhaupt (nicht die furtiva) nennen, die auf die beim furtum nec manifestum Statt findende Strafe des duplum hinweiſende L. 1 Cod. Theod. de usur. rei jud. (4. 19) . . ex prisci juris formulis . . malae fidei possessores in duplum conveniuntur.

penſen der ſpätern Zeit angehört, lehrt ſchon die Form ſeiner Geltendmachung (exceptio doli), und der enge Zuſammenhang, in dem er mit dem ſo eben erwähnten Anſpruch des Klägers ſteht, gibt ein neues Argument für das relativ ſpäte Alter des letztern. So lange dem b. f. p. die Impenſen nicht vergütet wurden, durfte man ihn ohne die größte Unbilligkeit nicht zur Herausgabe der vorhandenen Früchte nöthigen. Die Aenderung des einen Satzes ſchloß nothwendigerweiſe die des andern in ſich. An die Stelle der rohen Aufrechnung in Bauſch und Bogen zwiſchen Früchten und Impenſen trat jetzt der Fuß einer genaueren Abrechnung nach beiden Seiten, denn derſelbe Grund, auf den der eine Theil ſeinen Anſpruch ſtützte, der der Bereicherung, bot auch dem Gegner das Fundament zu dem ſeinigen. Beide Anſprüche ſind Ausflüſſe deſſelben Gedankens: der Uebertragung der dem Obligationenrecht angehörigen Idee der Bereicherung auf die Eigenthumsklage.

Daß der Beſitzer während des Vindicationsproceſſes, wenn ich ſo ſagen darf, unter die Zucht des Obligationenrechts geſtellt werden mußte, konnte auch im ältern Recht nicht zweifelhaft ſein. Die Art, wie dies geſchah, bezeugt wiederum die Strenge, mit der die alte Jurisprudenz an ihren techniſchen Grundgeſetzen feſthielt, denn ſie ließ dieſe Obligation nicht einfach aus der rei v. herauswachſen, noch auch im Urtheil ſichtbar werden, ſondern ſie ſchlug denſelben Weg ein, wie bei dem usus fructus, d. h. den der Begründung eines ſelbſtändigen Obligationsverhältniſſes neben dem dinglichen Recht. Um die Verpflichtung zur Herausgabe der vom Beſitzer (einerlei ob b. f. p. oder m. f. p.) während des Proceſſes gezogenen Früchte zu begründen, dazu reichte ſchon der Geſichtspunkt des Diebſtahls (furtum nec manifestum) vollkommen aus, mochte man nun in der Erlangung der Vindicien von Seiten des unterliegenden Theils („si vindiciam falsam tulit“)[235] ein fur-

235) Worte der XII Tafeln bei Festus s. v. Vindiciae: si vindiciam falsam tulit, si velit is . . (Cujacius: rei sive litis, Müller: stlitis et vindiciarum Prae) . . tor arbitros III dato eorum arbitrio . . . (Müller: possessor, reus) fructus duplione damnum decidito.

tum (possessionis) des Grundſtücks[236]) oder ein furtum (rei) der Früchte erblicken;[237]) jedenfalls geht daraus, daß wegen dieſer Früchte nach beendigtem Hauptproceß[238]) ein beſonderes Schätzungsgericht von drei Sachverſtändigen (tres arbitri) beſtellt wurde, ſoviel hervor, daß dieſer Poſten nicht der Cognition des Richters in der Hauptſache unterlag, auf den Geſichtspunkt des furtum nec manifestum aber weiſen ſowohl die Strafe des Doppelten als die beim Diebſtahl techniſchen Worte „damnum decidere" hin.

Gegen poſitive Beſchädigungen der Sache von Seiten des Beſitzers wäre der Gegner zwar durch andere Delictsklagen geſchützt geweſen,[239]) nicht aber gegen Deteriorationen durch Unterlaſſen. In dieſer Richtung bedurfte es daher jedenfalls der Begründung eines beſonderen Obligationsverhältniſſes. Sie erfolgte durch Beſtellung von Bürgen (praedes litis et vindiciarum), welche dafür aufzukommen hatten, daß der Beſitzer die Sache in ordnungsmäßigem Stand halte und dem Urtheil Folge leiſte;[240]) wer ſie nicht ſtellen konnte, hatte auf die Vindicien keinen Anſpruch. Die Realiſirung dieſes Obligationsanſpruchs geſchah ſeparat in einem beſondern, ausſchließlich gegen den Bürgen (der Beklagte war, wie ich an anderer Stelle darzuthun hoffe, juriſtiſch gar

---

236) Gellius XI. 18 §. 13 . . fundi quoque et aedium fieri furtum. L. 1 §. 3 de furt. (47. 2) furtum . . . possessionisve.

237) Gegen den etwaigen Einwand, daß doch der b. f. p. nicht als fur hätte behandelt werden können, verweiſe ich auf mein „Schuldmoment im römiſchen Privatrecht, Gießen 1867. S. 11 fl.

238) Denn bevor nicht das Haupturtheil geſprochen, ließ ſich nicht von einem: vindiciam falsam tulisse reden.

239) z. B. durch die act. arborum furtim caesarum. Ebenſo im ſpätern Recht durch die actio legis Aquiliae: L. 27 §. 2 de R. V. (6. 1) . . . act. legis Aquiliae durat.

240) Auf erſteres beſchränkt ihre Haftung Pseudo-Asc. (Orelli p. 191): ne interea possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores et culta deserat, während Gajus IV. 16. 94 die Bürgen ſchlechthin „litis et vindiciarum i. e. rei et fructuum nomine" wegen haften läßt.

nicht verpflichtet) gerichteten Verfahren, hatte alſo mit der reivind. Nichts gemein.

Die *Beendigung* des Proceſſes durch Urtheil und Execution blieb ebenfalls dem Charakter der rein dinglichen Klage treu. Im neuern Recht haben beide die Form der perſönlichen Klage angenommen. Die Verurtheilung erfolgt bei der petitoria formula auf Geld, alſo auf ein dare (nicht auf rem ejus esse) — eine Veränderung, die durch die vielerlei obligatoriſchen Zuſätze, welche die Klage aufgenommen hatte, unabweisbar geworden war. Daß das Urtheil im ältern Vindicationsproceß nicht auf Geld lauten konnte, wird keiner Bemerkung bedürfen, der Richter durfte nur ſo ſprechen, wie die Formel es ihm vorgezeichnet hatte, alſo im Sacramentsproceß auf sacramentum justum esse (I. 173).[241] Auch daß hinterher in einem beſondern Nachverfahren das zuerkannte Eigenthum in eine Geldſchuld verwandelt worden ſei, ſo daß alſo der alte Proceß gleich dem ſpätern ſeinem ſchließlichen Verlauf nach mit einer Obligation geendet hätte, muß ich entſchieden beſtreiten.[241a] Das für den Legisactionenproceß erwähnte arbitrium liti aestimandae[242] findet bei den perſönlichen Klagen, bei denen urſprünglich die Condemnation auf die Sache ſelbſt, nicht auf Geld lautete,[243] ſeine ausreichende Erklärung. Der arbiter konnte nur *ſchätzen*, nicht condemniren, d. h. keine Obligationen *begründen*, ſondern nur den Betrag einer bereits vorhandenen *feſtſtellen*, in der Perſon des Beklagten beſtand aber rückſichtlich des Vindicationsobjects ſelber keine *Verpflichtung*. Nur rückſichtlich der obigen obligatoriſchen Nebenanſprüche wegen der Früchte und wegen Deterioration oder Vernichtung der Sache konnte, eben weil es ſich hier lediglich um den *Betrag* handelte, ein ſolches Schätzungsverfahren eintreten und ausreichen.

---

241) Bei der sponsio praejudicialis auf sponsionis summam dari oportere Gaj. IV. 93.

241a) So auch *Bethmann-Hollweg* Röm. Civilpr. I. S. 193.

242) Val. Probus de notis antiq. §. 4.

243) Gaj. IV. 48.

Aber, wird man mir einwenden, das Urtheil im Vindicationsproceß muß doch jedenfalls eine Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der Sache begründet haben. Eine Verpflichtung in dem unbeſtimmten Sinn des Wortes, in dem man auch wohl von einer Verpflichtung ſpricht, die Geſetze und Anordnungen der Obrigkeit zu befolgen, allerdings, aber keine Verpflichtung im juriſtiſch-techniſchen Sinn: keine obligatio. Die alte reivind. ging ſelbſt nicht einmal im Moment ihrer Verwirklichung durch den Begriff der Obligation hindurch, denn der Beklagte hat die Sache nicht zu *geben*, ſondern der Kläger *nimmt* ſie ſich,[244] das Dulden von Seiten des Beklagten iſt Nichts als das Unterlaſſen der Auflehnung gegen die Rechtsordnung und die Obrigkeit.[245] Auch wenn der Beklagte *nach* dem Urtheil geſtorben wäre, hätte die Execution keinen Aufſchub zu erleiden brauchen, zum beſten Beweiſe, daß jenes Dulden kein *Handeln* war, denn Handeln ſetzt eine Perſon voraus. So wenig es eines *Gebens* bedurft hätte, wenn der Beklagte von vorn herein einen Widerſtand überhaupt nicht entgegengeſetzt hätte, ſondern wie hier der Kläger nach erfolgter addictio von Seiten des Prätors[246] einfach den vor Gericht gebrachten Gegenſtand mit ſich hinweggenommen hätte,[247] ganz ebenſo ſtand die Sache, wenn dieſer Widerſtand durch das Urtheil gebrochen war.

Als Reſultat unſerer bisherigen Ausführungen werden wir den Satz ausſprechen dürfen: die reivind. des neuern Rechts iſt ein Conglomerat verſchiedener um das Eigenthum ſich drehender Anſprüche, dinglicher und perſönlicher, nicht ſowohl eine einzelne

---

244) L. 57 pr. de evict. (21. 2) . . ante ablatam vel abductam rem L. 67 ibid., L. 30 de lib. causa (40. 12) . . duci servum debere ab eo, qui vicisset. Uebereinſtimmend *Bethmann-Hollweg* a. a. O. S. 191.

245) L. un. §. 1 si quis jus (2. 3).

246) Gaj. II. 24 (in jure cessio).

247) Ebenſo wenn durch Ertheilung der Vindicien der Beſitz von dem Einen auf den Andern übertragen worden war. Liv. III. 48: I Lictor, submove turbam et da viam domino ad *prehendendum* mancipium.

Klage, als ein ganzer Complex von Klagen, kurz in analytischer Hinsicht ein Compositum. Die reivind. des ältern Rechts dagegen bleibt dem Gesichtspunkt eines Verfahrens gegen die Sache von Anfang bis zu Ende treu; ihrer ursprünglichen Richtung und Voraussetzung nach lediglich durch die Sache bestimmt, nimmt sie Nichts in sich auf, was über das rein Sachliche hinausginge und die Person träfe, sie entsteht und endet im Gebiet des reinen Sachenrechts, die adminikulirenden obligatorischen Ansprüche, deren sie bedarf, schlagen, wie sie es nach unserem Gesetz der Analyse sollen, die Bahn der act. in personam ein. Die alte reivind. ist also ein analytisch einfacher Körper, denn sie schließt keinen Bestandtheil in sich, der anderwärts als selbständiger Rechtsbegriff vorkommt.

Die bisherige Ausführung sollte den Grundsatz der elementaren Einfachheit der Rechtskörper zunächst nur an einem besonders lehrreichen Musterfall veranschaulichen.[248]) Um denselben aber als allgemeines, ausnahmsloses Gesetz aufstellen zu können, dazu bedarf es noch eines Weitern: einer Prüfung sämmtlicher Rechte des ältern Systems unter diesem Gesichtspunkt. Soll letzterer seine Probe bestehen, so darf sich unter der Zahl derselben kein einziges befinden, welches aus zwei systematisch einfachen Elementen: aus zwei verschiedenartigen Rechten oder aus Recht und Verpflichtung gemischt ist, es muß vielmehr, wo irgend ein Verhältniß seiner Natur nach ein solches Zusammenwirken mehrerer Elemente mit sich bringt, der so eben geschilderte Weg separater Nebeneinanderstellung eingeschlagen worden sein.

Nach solchen Mischbegriffen wird man nun, wie bereits

---

248) Ein anderes Beispiel haben wir schon oben S. 137 an dem Ususfructus kennen lernen. Das in der ersten Auflage noch herangezogene Verhältniß der cautio damni infecti als eines Falles, in dem das ältere Recht den Schutz des Grundeigenthums ebenfalls in Form einer besondern Obligation vermittelte, ist richtiger einem anderen Gesichtspunkt zu unterstellen, der uns an späterer Stelle begegnen wird.

bemerkt, im älteren Recht vergebens ſuchen. Nicht darin aber hat dies ſeinen Grund, weil es der ältern Zeit an der Subſtanz dafür d. h. den Verhältniſſen ſelber gefehlt hätte, denn wenn auch manche der obigen Beiſpiele einer höhern Stufe wirthſchaftlicher Entwicklung angehören, ſo kannte doch auch das ältere Recht Fälle genug, in denen es, wenn es ſonſt nur gewollt hätte, eine ſolche Verſchmelzung zweier Begriffe zur Einheit hätte eintreten laſſen können.

Fragen wir alſo zuerſt: gibt es im ältern Recht ein Verhältniß, welches wie die oben S. 180 angeführten des neuern und des heutigen Rechts, zwei ſyſtematiſch verſchiedene Rechte in ſich ſchließt? Ich wüßte keins zu nennen.[249]) Ebenſo wenig kennt das ältere Recht jene Combination der beiden Grundformen der Klagen: der actio in rem und der actio in personam für ein und daſſelbe Verhältniß. Im ältern Recht iſt jedes Verhältniß nur mit einer dieſer beiden Klagen ausgeſtattet, entweder der einen oder der andern, nie mit beiden zuſammen. Des Gegenſatzes wegen vergleiche man damit einmal die mancherlei Fälle, in denen das neuere Recht für einen und denſelben Anſpruch ſowohl eine perſönliche Klage als eine reivindicatio utilis gewährt,[249a]) oder das moderne Legat, für das dem Legatar, wo der Gegenſtand darnach geartet iſt, eben ſo wohl die perſönliche als dingliche Klage zur Verfügung ſteht. In dem alten Recht waren die beiden Klagen, wie bei allen Verhältniſſen, ſo auch beim Legat ſtreng geſchieden, das Vindicationslegat ward ausſchließlich mit der einen, das Damnationslegat ausſchließlich mit der andern geltend gemacht, eine

249) Ich muß abwarten, ob meine Behauptung auf Widerſpruch ſtößt. Die Einwendungen, die ich zur Zeit abſehe, ſind zu unſtichhaltig, als daß ich ſie widerlegen möchte. So z. B. die Prädialſervitut ſei mit dem Eigenthum verbunden. Antwort: darauf beruht eben ihr Begriff, eine einfachere Form für ſie iſt gar nicht denkbar. Dieſelbe Antwort auf den Einwand: die hereditas übertrage Rechte aller Art, die hausherrliche Gewalt gewähre zugleich die Macht über die Perſon und über alle Sachen, welche dieſelbe erwerbe.

249a) S. dieſelben in meiner Abh. über die reiv. utilis in meinen Jahrbüchern B. 1 S. 120 fl.

Combination beider Klagen, bez. beider Legatsformen zu einer Doppelform wäre einem Juristen der alten Schule als eine Ungeheuerlichkeit erschienen, und es gehörte der gänzliche Bruch mit den alten technischen Ueberlieferungen dazu, um solche Schöpfungen zu Tage zu fördern. [249b])

Wir fragen zweitens: kennt das ältere Recht Verhältnisse, in denen sich Recht und Pflicht oder Gegenrecht zur begrifflichen Einheit verbinden? Auch diese Frage ist schlechthin zu verneinen. Alle Verhältnisse des älteren Rechts sind wesentlich *einseitiger* Art, sie gewähren dem Berechtigten nur ein *Recht*, ohne ihm zugleich eine Pflicht aufzuerlegen oder dem Gegner ein Gegenrecht zu verschaffen.

Dieser Gesichtspunkt der Einseitigkeit als ein die Structur sämmtlicher Verhältnisse des alten Rechts bestimmender Gesichtspunkt ist vor mir bereits von *Stahl* ausgesprochen worden. [250]) Ohne das Verdienst dieses Mannes, dessen tiefen, ins Innere der Dinge dringenden Blick Niemand so hoch anerkennen kann, wie ich, zu schmälern, darf ich doch die Bemerkung nicht unterdrücken, daß seine Ausführungen Manches zu wünschen übrig lassen. Um von Einzelnheiten völlig zu schweigen, so kann ich ihm in Bezug auf die Bedeutung, die er diesem Gesichtspunkt beilegt, in keiner Weise beistimmen. Weder darin, daß in diesem *einzigen* Gedanken das eigenthümliche Wesen des römischen Rechts völlig beschlossen liegen, noch darin, daß derselbe in der ethischen Lebensanschauung der Römer seinen letzten Grund gehabt haben soll. Was Stahl irre geführt hat, darüber habe ich mich schon bei Gelegenheit des allgemeinen Wesens der Analyse (II. 334, 335) des Weitern

---

249b) Damit soll denselben aber im übrigen nicht ihr Urtheil gesprochen sein, im Gegentheil erblicke ich in ihnen einen Fortschritt des Rechts zur größeren Vollkommenheit und Vielseitigkeit, s. die öfters angeführte Abh. von mir Jahrb. X. S. 517—519.

250) Philosophie des Rechts. Aufl. 2 B. 2 S. 392 fl. (Anhang über den Werth des römischen Privatrechts.)

ausgeſprochen, und es mag hier genügen darauf einfach Bezug zu nehmen.

Das Verhältniß des Mannes zu ſeiner Frau hat im neueſten Recht den Charakter eines gegenſeitigen angenommen, ebenſo das des Vormundes zu ſeinem Mündel, und daſſelbe kann man bis zu einem gewiſſen Grade auch von der väterlichen Gewalt ſagen, inſofern auch ſie dem Vater Pflichten (z. B. die Alimentationspflicht) auferlegt. Ganz anders im ältern Recht. Denn wie immerhin dieſe Verhältniſſe im Leben und durch die Sitte auch *thatſächlich* geſtaltet ſein mochten, *juriſtiſch* waren ſie ſämmtlich einſeitige Machtverhältniſſe, die einen Gegenanſpruch des Untergebenen nicht zuließen. Für die Kinder bedarf dies keiner Bemerkung, für die Ehefrau in der manus könnte man höchſtens eine Ausnahme rückſichtlich der Dos ſtatuiren. Allein nach der richtigen Anſicht[251]) hatte die Frau, wie überhaupt keinen Anſpruch gegen den Mann, ſo auch nicht rückſichtlich der Dos, es wäre bei der Manusehe ein Anſpruch des Mannes gegen ſich ſelber geweſen. Die Vormundſchaft, in ihrer urſprünglichen Geſtalt von den Römern ausdrücklich als „Machtverhältniß" definirt,[252]) gehörte in der ältern Zeit zur Zahl derjenigen Pflichtverhältniſſe (officia),[253]) die zwar eine höchſt innige, durch Infamie geſchützte, *ſittliche* Verpflichtung, aber keine juriſtiſche Verbindlichkeit begründeten. Unterſchlagung erzeugte hier, wie überall, die Diebſtahlsklage aufs Doppelte (act. rationibus distrahendis), dagegen war der Gedanke eines ſpecifiſch obligatoriſchen Anſpruches des Pupillen gegen den Vormund auf treue und ſorgfältige Führung ſeines

---

251) Ich freue mich dieſer Anſicht, auf die ich von einer andern Seite gekommen war, jetzt bei *Bechmann*, Das römiſche Dotalrecht. Erſte Abth. Erlangen 1863. S. 105 zu begegnen, der zuerſt der herrſchenden Auffaſſung, als ob die Dos zwiſchen Mann und Frau urſprünglich ein wirkliches Obligationsverhältniß begründet habe, entgegengetreten iſt.

252) „Jus ac potestas in capite libero" Cic. de invent. II. 50. L. 1 pr. de tut. (26. 1).

253) Gell. V. 13.

Amtes, wie er späterhin in dem judicium tutelae zum Ausdruck gelangt, dem ältern Recht fremd.[254])

Das Eigenthum ließ sich durch Servituten beschränken, und der Eigenthümer selber konnte sich persönlich verpflichten, allein mit dem Eigenthum als solchem (d. h. so, daß sie auf den Nachfolger übergegangen wäre) ließ sich nach altem Recht eine Obligation nicht verbinden.[255]) Durch den Satz: servitus in faciendo consistere nequit war dafür gesorgt, daß die Servitut nicht in das Gebiet der Obligation hinübergriff. Die Last, die sie dem Eigenthümer auferlegte, fiel nicht unter den Gesichtspunkt einer Verbindlichkeit, sie bestand fort, auch wenn gar kein Eigenthümer, oder ein handlungsunfähiger da war, zum besten Beweise, daß das rein negative Verhalten von seiner Seite kein Handeln in sich schloß. Darum erfolgte ihre Geltendmachung auch nicht mit einer act. in personam, sondern einer act. in rem. Ueber die Structur des ususfructus ist bereits das Nöthige gesagt.

Am ergiebigsten für unsere Betrachtung ist das Obligationenrecht. Bei weitem die meisten Verhältnisse des obligatorischen Verkehrs sind zweiseitiger Art, und es wird Niemand daran zweifeln, daß auch sie dem altrömischen Leben bekannt gewesen sind. Um so lehrreicher ist daher die Thatsache, daß alle Obligationsformen, welche mit Sicherheit auf das ältere Recht zurückzuführen sind, wesentlich einseitiger Art sind, nämlich das Nexum, das Darlehn, der Literalcontract und die Stipulation. Unter den zweiseitigen Verträgen des spätern Rechts gibt es keinen, den die Römer dem jus civile zuweisen, sie gehören sämmtlich dem jus gentium an, das heißt aber m. a. W.: der Gedanke der Gegenseitigkeit ist kein ursprünglicher Gedanke des römischen Civilrechts, das specifisch Römische ist die Einseitigkeit.

---

254) Das Nähere bei den Verhältnissen der bona fides im letzten Abschnitt dieses Theils.

255) Der Aenderung, die sich mit diesem Satz in den Provinzen vollzog, ist bereits oben Note 228 gedacht.

Es wird nicht der Angabe bedürfen, wie die Römer mit diesem Grundsatz der Einseitigkeit auszureichen vermochten — sie lösten einfach das zweiseitige Verhältniß in zwei einseitige Stipulationen auf (z. B. stipulationes emti venditi, locati conducti). Wollte der Promittent sicher gehen, daß der Gegner die Einseitigkeit seines Anspruches nicht mißbrauche d. h. denselben nicht geltend mache, bevor er seinerseits erfüllt hatte, so fügte er seinem Versprechen eine darauf gerichtete Bedingung hinzu (centum dare spondes, si equum dederim? equum dare spondes, si centum dederim?). Ebenso wenig werden wir darüber ein Wort zu verlieren haben, daß der Grund dieser Manipulation nicht mit Stahl in der Beschränktheit der ethischen, der Verbindung der Pflicht mit dem Recht widerstrebenden Auffassung der Römer, sondern in denselben Zweckmäßigkeitsgründen zu suchen ist, denen die Analytik des Rechts überhaupt ihren Ursprung verdankt. Die einseitige Obligation ist nicht bloß die einfachste Obligationsform im analytischen Sinn, sondern auch im praktischen Sinn, d. h. die am leichtesten zu handhabende (§. 55).

Jahrhunderte lang hindurch hatten die Römer keine andere Obligation gekannt, als die einseitige, Jahrhunderte lang waren sie gewohnt, die substantiell zweiseitigen Geschäfte des Lebens, wie Kauf, Miethe, Societät in die Form von zwei einseitigen Verträgen zu bringen, in ihnen juristisch nicht einen einzigen, sondern zwei Contracte zu erblicken. Aenderte sich dies nun mit einem Mal, als das Erforderniß der besondern Form dieser Verträge: die Stipulationsform hinwegfiel, sahen sie diese Geschäfte jetzt mit völlig andern Augen an? Jene Aenderung in der Form schloß diese Folge keineswegs in sich, es war vielmehr die Frage nach der juristischen Structur des Geschäfts von der Formfrage völlig unabhängig; ein solcher totaler Umschwung in der ganzen Vorstellungs- und Auffassungsweise ohne zwingende Gründe würde durchaus der Weise der römischen Juristen, dem Continuitätsgesetz der römischen Rechtsentwickelung widersprochen haben. In der That ist er denn auch nicht erfolgt. An die Stelle der stipulatio

emti und venditi, locati und conducti trat nicht ein ſolches zweiſeitiges Geſchäft, wie wir Neuern es unter dem Kauf- und Miethcontract uns vorzuſtellen pflegen, ſondern die emtio und venditio, die locatio und conductio; m. a. W. jene beiden Geſchäfte behielten ihre alte Structur bei, ſie blieben was ſie waren: zwei einſeitige über einander geſchobene Geſchäfte. Darum iſt es nicht Zufall, nicht eine bloße Reminiscenz an die ehemalige Structur derſelben, daß die Römer zu deren Bezeichnung ſtets den Doppelnamen: emtio venditio, locatio conductio gebrauchen, ſondern es prägt ſich darin das wahre Weſen, die juriſtiſche Structur dieſer Geſchäfte auch vom Standpunkt des neuern Rechts aus. Erſt in unſerer Zeit hat die richtige Erkenntniß davon zu tagen begonnen,[256] aber es fehlt noch viel, daß man mit den Irrthümern, welche die bisher herrſchende Auffaſſung mit Nothwendigkeit in ihrem Gefolge haben mußte, aufgeräumt hätte.[257]

Auch für diejenigen weſentlich oder zufällig zweiſeitigen Geſchäfte, welche die Römer mit einem Namen bezeichneten, wie z. B. die societas, das mandatum u. a. wiederholt ſich derſelbe Mechanismus, dieſelben können für den einen Theil von vornherein ungültig, für den andern gültig ſein, für den einen fortdauern, für den andern nicht. Bei dieſem partiellen Beſtehen nimmt der nicht zur juriſtiſchen Exiſtenz gelangte Gegenanſpruch des andern Theils den Charakter einer Bedingung der Realiſirung des gegneriſchen Anſpruchs an — eine Art der indirecten Verpflichtung

256) Brandis, Zeitſchr. f. Civilr. u. Proc. B. 7 S. 138 fl. Dernburg, Compenſation S. 70 ff.

257) So z. B. in der Lehre von dem Irrthum, für welche Savigny Syſtem B. 3 S. 294 die Behauptung aufſtellt, daß auch der Verkäufer wegen Irrthums des Käufers von ſeiner Verbindlichkeit frei werde. Bei der Ehe würde dies richtig ſein, denn eine Ehe kann nicht für den einen Theil nichtig, für den andern gültig ſein, die Eingehung der Ehe enthält einen wirklich zweiſeitigen Vertrag, bei dem die Wirkungen für beide Theile ſich gegenſeitig bedingen. Dies gilt aber für den Kauf- und Miethcontract nicht, eben weil beide nur ein Compoſitum von zwei Verträgen ſind, es kann eine emtio ohne venditio, eine venditio ohne emtio geben.

des Gegners, auf welche die römiſchen Juriſten den Begriff und Ausdruck der obligatio naturalis angewandt haben. Das Verhältniß iſt aber in Wirklichkeit kein anderes, als bei der oben angegebenen bedingten stipulatio emti, aus der es ſich hiſtoriſch entwickelt hat. Ein Pupill, der mittelſt der stipulatio emti „spondesne equum dare, si centum dederim?“ ſich das ohne Tutor gekaufte Pferd hatte verſprechen laſſen und dafür ſeinerſeits: centum dare, si equum dederis ſpondirt hatte, haftete für den Kaufpreis nicht anders, als wenn er ohne Stipulation die Sache gekauft hatte — wollte er das Pferd, ſo mußte er die Bedingung erfüllen.

In unſerm heutigen Recht ſind zur Zahl der zweiſeitigen Verträge noch die ſ. g. Innominatcontracte hinzugekommen,[258] in ihrer reinen römiſchen Geſtalt gehören ſie bekanntlich zur Zahl der einſeitigen — ein neuer Beleg für die Ausdehnung, in welcher der Gedanke der Einſeitigkeit noch das neuere Obligationenrecht beherrſcht, für die Zähigkeit, mit der noch die ſpätere Zeit an dieſem alt- und ächtrömiſchen Gedanken feſthielt.

Das Erbrecht bot dieſem Geſichtspunkt nur bei dem Legat Raum, denn die Erbſchaft ſchließt mit Nothwendigkeit den Uebergang von Rechten und Verbindlichkeiten in ſich, darauf beruht ja der Begriff der Univerſalſucceſſion. Es hieße das wahre Verhältniß mehr verdecken als aufklären, wollte man es dadurch mit unſerem Geſichtspunkt in Uebereinſtimmung bringen, daß man ſagte: der Erbe werde lediglich *berechtigt*, denn er überkomme nicht unmittelbar die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten, ſondern das ideale Object der hereditas, den ökonomiſchen Niederſchlag der Perſönlichkeit des Erblaſſers.

Beim *Legat* dagegen iſt unſer Geſichtspunkt wiederum ſtreng

258) Aber wohlgemerkt: ſie *können* zweiſeitig ſein, brauchen es aber nicht zu ſein (ſelbſt der Tauſchcontract nicht); die Möglichkeit, daß nach Abſicht der Contrahenten bloß der eine Theil verpflichtet ſein ſolle, wenn der andere geleiſtet habe, nicht aber letzterer, iſt auch im heutigen Recht nicht hinweggefallen.

durchgeführt. Das Legat so wie das ihm correspondirende Geschäft unter Lebenden: die Schenkung, sind nach älterer Auffassung rein einseitige Zuwendungen, mit deren Begriff die Auflage einer Verpflichtung[259] nicht vereinbar ist; einem Legatar konnte kein Legat, dem Donatar keine Obligation auferlegt werden. Im neuern Recht ist beides möglich geworden, beim Legat dadurch, daß der Legatar mit einem Fideicommiß belastet werden kann, bei der Schenkung durch die directe Erzwingbarkeit des Modus.

Ist die ältere Jurisprudenz, wie so eben angenommen, wirklich von dem Satz ausgegangen, daß liberale Zuwendungen sich nicht mit obligatorischen Auflagen verbinden lassen, so wird sie es auch nicht geduldet haben, daß der Vater bei der Emancipation des Sohnes oder der Herr bei Freilassung des Sklaven sich etwas ausbedang. Rücksichtlich des ersteren Falles wird Niemand Zweifel hegen, rücksichtlich des letzteren möchte es daraus hervorgehen, daß zu dem Zweck der Eid benutzt ward (jurata operarum promissio), was darauf zu deuten scheint, daß man diesen Zweck in juristischer Form ursprünglich nicht zu erreichen vermochte.

Hiermit habe ich meine Uebersicht geschlossen, und wenn ich sonst kein Verhältniß übergangen habe,[260] so glaube ich das Resultat derselben in den Satz zusammenfassen zu dürfen: das ältere Recht kannte kein Verhältniß, welches aus Recht und Verbindlichkeit gemischt ist. Gesellen wir dazu unsern frühern Satz, daß dasselbe ebenso wenig ein Verhältniß kannte, bei dem zwei systematisch verschiedene Rechte zur begrifflichen Einheit zusammengefügt waren, so möchte damit der an die Spitze dieses Paragraphen

259) Die Auflage eines modus fiel nicht unter den Gesichtspunkt einer Verpflichtung; erst das neuere Recht hat in paralleler Entwickelung mit dem bei den Innominatcontracten Statt gefundenen Fortschritt von der condictio ob causam datorum zur act. praescriptis verbis auch bei jenen beiden lucrativen Geschäften die indirect verpflichtende Kraft des modus zur direct verpflichtenden gesteigert.

260) Auf das öffentliche Recht, das Stahl a. a. O. ebenfalls in den Kreis seiner Betrachtung gezogen hat, lasse ich mich hier nicht ein.

geſtellte Geſichtspunkt der elementaren Einfachheit der Rechtskörper ſeine Erläuterung und Rechtfertigung gefunden haben.

2. Analytiſche Vereinfachung des Thatbeſtandes.

Vereinfachung des Thatbeſtandes im Intereſſe des Beweiſes. — Ausſcheidung lösbarer Elemente in Form ſelbſtändiger Begriffe und Verhältniſſe — die abſtracte Eigenthumsübertragung (doppelte Beurtheilung deſſelben Aktes vom Standpunkt des Eigenthums und der Obligation aus) — die abſtracte Obligation (die act. receptitia) — der abſtracte Rechtsträger (die juriſtiſche Perſon). — Anwendung des Grundſatzes in den Verhältniſſen des öffentlichen und des Privatrechts. — Syſtem der politiſchen Vitioſität. — Verfaſſungsmäßigkeit der Geſetze.

Denique sit quodvis simplex duntaxat et unum.
Hor. ep. ad Pisones. v. 23.

LV. Die erfolgreiche Geltendmachung der Rechte hängt ab von dem Beweis ihres Thatbeſtandes, d. h. des Inbegriffs der Vorausſetzungen, an welche das Geſetz die Entſtehung derſelben geknüpft hat. Der Beweis iſt der Preis, um den die Rechte proceſſualiſch zu haben ſind; je höher dieſer Preis, d. h. je umſtändlicher, ſchwieriger der Beweis, um ſo mehr verringert ſich der praktiſche Werth der Rechte, denn letzterer beſtimmt ſich, wie bei allen Dingen, nicht bloß nach ihrem Inhalt, ihrem Werth und ihrer Brauchbarkeit, ſondern zugleich darnach, welcher Aufwand von Zeit, Mühe und Koſten erforderlich iſt, um ſich ihrer zu verſichern. Möglichſte Erleichterung des Beweiſes iſt daher eine der wichtigſten Rückſichten, die der Geſetzgeber und die Wiſſenſchaft bei der Geſtaltung der Rechte zu nehmen haben; ein Beitrag zur Löſung dieſer Aufgabe wiegt für den Verkehr mehr, als die feinſte innere Ausbildung und Zuſpitzung der Rechtsbegriffe — die koſtbarſten Güter ſind werthlos, wenn die Koſten ihrer Erlangung den Gewinn verſchlingen.

So einleuchtend dieſe Wahrheit iſt, ſo viel fehlt doch, daß ſie überall von der modernen Geſetzgebung und Wiſſenſchaft in gebührender Weiſe berückſichtigt worden wäre, und man kann

geradezu behaupten, daß der Fortschritt in Bezug auf die innere Seite des Rechts nicht selten durch einen Rückschritt in Bezug auf jene äußere Seite desselben erkauft worden ist. Unser heutiges gemeines Recht steht in dieser Beziehung tief unter dem reinen römischen — eine Behauptung, die ich hier ebenso wenig weiter ausführen darf, als ich nöthig haben werde, die ziemlich nahe liegenden Gründe anzudeuten, in denen diese Erscheinung ihre Erklärung findet.

Die glückliche Lösung des obigen Problems hängt ab theils von einem allgemeinen Moment: der zweckmäßigen Gestaltung des Beweisverfahrens und der Beweislehre überhaupt, — theils von einem besondern, der Theorie der einzelnen Rechte angehörigen Moment: dem richtigen Zuschnitt ihres Thatbestandes (II. 311). Je complicirter, umfänglicher der Thatbestand, je unbestimmter, vager die Erfordernisse, aus denen er zusammengesetzt ist, um so umständlicher, schwieriger der Beweis. Jedes dieser Erfordernisse leistet dem Gegner den Dienst einer offenen Schanze, die er durch bloßes Läugnen in Besitz nehmen kann, und aus der der Angreifende ihn erst mit vieler Mühe vertreiben muß. Durch ungeschickte Formulirung des Thatbestandes kann daher die Verfolgung der Rechte in bedenklichster Weise erschwert, durch geschickte in höchst wirksamer Weise erleichtert werden. Wer unser positives Recht unter diesem Gesichtspunkt prüfen will, wird eine reiche Ausbeute finden, reich genug, um eine höchst interessante und lehrreiche Abhandlung über die Kunst der zweckmäßigen Gestaltung des Thatbestandes zu schreiben. Daß sie bisher nicht geschrieben ist, gehört mit zur Signatur unserer modernen Rechtswissenschaft.

Ueberschlage ich im Geist die verschiedenen Hülfsmittel und Kunstgriffe, welche das römische Recht zum Zweck der Vereinfachung des Thatbestandes in Anwendung gebracht hat, so sind vorzugsweise zwei unter ihnen von principieller Bedeutung: die Veräußerlichung des Thatbestandes, d. h. die Substituirung äußerer Kriterien und Erfordernisse an Stelle der innern — davon ist bereits früher (I. 53, II. 311) gehandelt — und die analytische Vereinfachung desselben — davon ist hier zu reden.

Das Weſen dieſer letztern Operation beſteht darin, daß von den zu irgend einem Verhältniß erforderlichen Momenten gewiſſe aus dem Thatbeſtand deſſelben ausgeſchieden und in die Form beſonderer ſelbſtändig wirkender Begriffe und Rechtsmittel gebracht werden. Die Geſtalt, die das Rechtsverhältniß ſchließlich erhält, iſt folgeweiſe nicht das Werk einer einzigen, ſondern zweier Kräfte, von denen die eine ſich in dieſer, die andere in jener Richtung bewegt; die eine ſetzt und ſchafft, die andere beſchränkt, negirt, ergänzt — ein Zuſammenwirken von Kräften nach Art des Parallelogramms der Kräfte, bei dem jede Kraft in einer beſonderen Richtung thätig iſt, die Geſammtwirkung aber in der Diagonale Statt findet.

Man ſieht, es iſt daſſelbe Verfahren, wie das im vorigen Paragraphen geſchilderte, und in einigen Fällen, z. B. bei der abſtracten Obligation, trifft es ſogar ganz zuſammen. Aber Zweck und Motiv iſt in beiden Verhältniſſen ein verſchiedenes. Daß z. B. eine wegen mangelhafter Cauſa ungültige Eigenthumsübertragung mit einer beſondern Klage angefochten werden muß, daß ein im Widerſpruch mit den Auſpicien erlaſſenes Geſetz bis zu ſeiner Aufhebung gültig blieb — das hat mit dem Grundſatz der elementaren Einfachheit der Rechtsbegriffe Nichts gemein.

Die Idee der analytiſchen Vereinfachung des Thatbeſtandes beſchränkte ſich keineswegs auf das Privatrecht, ihre intereſſanteſte, jedenfalls aber ihre wichtigſte Anwendung fand ſie auf dem Gebiete des geiſtlichen und öffentlichen Rechts, und es wird, um ein vollſtändiges Verſtändniß von ihr zu erlangen, nöthig ſein, ſie auch in der letztern Richtung zu verfolgen. Wir beginnen mit dem Privatrecht.

Der Beweis eines auf derivativem Wege d. i. durch Succeſſion erlangten Eigenthums löſt ſich auf in zwei: den des Eigenthums des Autors und den der Succeſſion (Univerſal- oder Singularſucceſſion). Iſt die Sache durch mehrere Hände hindurchgegangen, ſo vervielfacht ſich der zweite Beweis in demſelben Maße, als Succeſſionsfälle Statt gefunden haben. Der erſte iſt ſtets nur dadurch zu erbringen, daß in der Perſon des nähern oder entfern-

teren Vorgängers eine Entstehung des Eigenthums auf originärem Wege dargethan wird. In der ersten Beziehung genügt es nicht, nachzuweisen, daß der Eine dem Andern die Sache *tradirt* habe — denn die Tradition als solche überträgt bloß *Besitz* — es muß vielmehr dargethan werden, daß sie zum Zweck der *Eigenthums*übertragung erfolgt ist; das Geschäft, aus dem sich dies ergibt, muß also angegeben und bewiesen werden; war dasselbe ein Kaufcontract, außerdem noch die Zahlung oder Creditirung des Kaufpreises, da letztere bei diesem Geschäft die Voraussetzung des Eigenthumsübergangs bildet. Welche Schwierigkeit des Beweises! Ist es dem Beweisführer auch gelungen, alle die früheren Innehaber bis zum originären Eigenthümer: dem Fabrikanten, Producenten, Occupanten, Usucapienten, ausfindig zu machen und das Successionsverhältniß zu constatiren, so hat er bei jedem erst noch zu ermitteln, wie hoch der Kaufpreis sich belief, und ob er bezahlt oder creditirt worden ist. Ein einziges mangelndes Glied in dieser Kette, und die ganze Kette ist unterbrochen.

So hat also der Beweisführer die Sache bei allen ihren Irrfahrten und Sprüngen zu begleiten, ihren Lauf rückwärts bis zum ersten Ausgangspunkt zu verfolgen, kurz ihre ganze Geschichte zu schreiben. Welche Zumuthung! Wer gäbe nicht häufig lieber die Sache selber Preis, als sich dieser Mühe zu unterziehen. Dazu gesellt sich noch ein anderer erschwerender Umstand. Steht einmal die Eigenthumsübertragung in Abhängigkeit von dem Geschäft, dessen Ausführung sie enthält, so muß nothwendigerweise ein Ungültigkeitsgrund, der letzteres betrifft, z. B. Betrug, Zwang, Irrthum, seinen Einfluß auch auf sie erstrecken, d. h. so lange nicht die Usucapion diesen Mangel in der Person irgend eines Innehabers geheilt hat, bis in die entferntesten Hände hinein nachwirken.

Welche unpraktische Gestalt des Eigenthums, welcher Aufwand von Mühe und Kosten, und trotzdem oder gerade darum wie naheliegend die Gefahr, daß das Eigenthum sich in dieser langen Schleppe, die es nach sich zieht, verwickele und zu Falle komme.

Es iſt nicht dieſes Orts zu zeigen, welche verſchiedenen Mittel das römiſche Recht in Anwendung gebracht hat, um jene Schwierigkeiten zu verringern.[261] Wir beſchränken uns auf ein einziges, aber allerdings ſehr ausgiebiges: die analytiſche Ausſcheidung des Cauſalmoments bei der Eigenthumsübertragung, und zwar laſſen wir dabei die Tradition ganz außer Acht aus Gründen, die ſeiner Zeit erhellen werden,[262] ſo daß alſo nur die mancipatio und in jure cessio zur Betrachtung übrig bleiben.

Das juriſtiſche Weſen beider Geſchäfte läßt ſich mit dem Begriff der abſtracten Eigenthumsübertragung wiedergeben — einer Eigenthumsübertragung, die von ihrem Cauſalmoment ſich frei gemacht, abſtrahirt hat. Das Cauſalmoment hat eine große Aehnlichkeit mit dem Motiv, unterſcheidet ſich aber weſentlich von demſelben. Das Motiv iſt etwas für die juriſtiſche Charakteriſtik des Geſchäftes völlig Unweſentliches. Ob Jemand kauft, weil er die Sache nöthig hat, oder weil er dem Verkäufer einen Verdienſt zuwenden will, ob er ſchenkt aus Eitelkeit oder aus Wohlwollen, iſt völlig gleichgültig, der Kaufcontract, die Schenkung als ſolche iſt eine juriſtiſch völlig verſtändliche Thatſache, welche die Frage nach dem Warum in einem Juriſten gar nicht hervorruft. Ganz anders bei der Eigenthumsübertragung. Der Zweck oder Grund, deſſentwegen ſie erfolgt, iſt nicht bloßes Motiv, etwas in der ſubjectiven Innerlichkeit Beſchloſſenes, was jede Parthei für ſich behalten kann, ſondern es iſt ein Element des Geſchäfts ſelbſt, über das beide Partheien einverſtanden ſind, eine gemeinſame Vor-

---

261) Usucapion, act. Publiciana, interd. utrubi, Erforderniß der Angabe der causa von Seiten des Beklagten im ältern Vindicationsproceß (III. 96).

262) S. die Theorie der Rechte, wo der Nachweis verſucht werden wird, daß das Vindicationseigenthum, von dem hier allein die Rede iſt (dominium ex jure Quiritium) urſprünglich auf res mancipi beſchränkt war. Die Structur der Tradition, die ihre Kraft als Eigenthumsübertragungsform für res nec mancipi erſt im neuern Recht erhalten hat, weicht von der mancipatio und in jure cessio nicht unerheblich ab.

aussetzung desselben, ein Moment, welches diesem Akt erst seinen specifischen vermögensrechtlichen Charakter als Zahlung, Schenkung, Zweckgabe u. s. w. aufdrückt, kurz ein zur vollständigen juristischen Charakteristik dieses Akts völlig unentbehrliches Merkmal. Wird dieses Moment uns vorenthalten oder richtiger einer separaten Untersuchung überwiesen, so fehlt uns etwas zum vollen Verständniß des Akts; auf die Frage: Warum? gibt er uns keine Antwort, unser Urtheil über ihn kann daher nur ein einseitiges sein. Eben diese Einseitigkeit ist aber der Zweck dieser ganzen Manipulation, die Eigenthumsübertragung soll lediglich darnach beurtheilt werden, ob ganz abgesehen von all dem andern, was die Partheien sonst noch wollten, eine Eigenthumsübertragung beabsichtigt war, m. a. W. es soll lediglich der abstracte Eigenthumsübertragungswille ermittelt werden. Jene beiden Akte stellen uns demnach den Eigenthumswillen dar in seiner absoluten Isolirung, seiner auf dem Wege der juristischen Analyse beschafften Reinigung von allem obligatorischen Beiwerk — um dieselbe zu beurtheilen, braucht man Nichts vom Obligationenrecht zu verstehen! — sie sind Vorgänge, die sich ausschließlich auf dem Gebiete der Eigenthumstheorie bewegen: *reine Eigenthumserwerbungsarten*.

Das hohe Alter der mancipatio beweist, daß die Römer sich zu jener Höhe der Abstraction, von der sie Zeugniß ablegt, schon früh aufgeschwungen haben. Der *Form* nach hält die mancipatio noch an dem Gedanken der Nothwendigkeit des Causalmoments bei der Eigenthumsübertragung fest, denn sie motivirt dieselbe mittelst eines von der andern Seite sofort erfüllten Scheinkaufs (eaque mihi emta est hoc aere aeneaque libra) — eine Erscheinung, die sich bei der abstracten Obligation, dem nexum und dem Literalcontract und bei unserem Wechsel in der früher üblich gewesenen Valutaclausel („Valuta erhalten") wiederholt. So legt also die mancipatio gewissermaßen durch ihre eigene Form das Geständniß ihrer Künstlichkeit ab, indem sie das Moment, von dem sie sich thatsächlich losreißt, ausdrücklich als berechtigtes anerkennt.

In der in jure cessio iſt ſelbſt dieſe rein äußerliche Reminiscenz an das Cauſalmoment überwunden, ſie iſt auch der Form nach, was ſie der Sache nach iſt: ein reiner Eigenthumsübertragungsakt, und bekundet auch dadurch ihr relativ jüngeres Alter (II. 534). Der Umſtand, daß ſie auch auf res nec mancipi, ſeitdem an ihnen ein dominium ex jure Quiritium zugelaſſen war, Anwendung fand, gab das Mittel an die Hand, das die traditio verſagte, um nämlich auch bei ihnen eine abſtracte Eigenthumsübertragung vorzunehmen.[263]

Fragen wir nun, worin der praktiſche Nutzen der Ausſcheidung des Cauſalmoments bei jenen beiden Geſchäften beſtanden habe, ſo traf derſelbe zunächſt die Vereinfachung des Beweiſes bei der reivindicatio. Der Kläger war der Mühe überhoben, den Geſchäften nachzuforſchen, vermittelſt deren die Sache aus der einen Hand in die andere gegangen war, und auch dem Beklagten waren alle Einwendungen, die er der etwaigen Ungültigkeit derſelben hätte entnehmen können, abgeſchnitten, m. a. W. das Cauſalmoment der Eigenthumsübertragung bildete kein Streitmaterial für die reivind., weder für den Hauptbeweis, noch für den indirecten Gegenbeweis.

Der zweite Vortheil lag in Folgendem. Die Form, in der das Cauſalmoment ſeine Verwendung fand, war die einer auf die beiden, unmittelbar durch das betreffende Geſchäft in Verbindung geſetzten Perſonen beſchränkten d. h. perſönlichen Klage (der Contracts-Klage oder der Condictionen wegen mangelhafter oder nicht erfolgter causa). War alſo das Eigenthum z. B. unter einer Vorausſetzung übertragen worden, die von Anfang nicht vorhanden geweſen oder ſpäterhin nicht eingetreten war, ſo gewährte dieſer Umſtand zwar dem Geber eine condictio ob causam datorum, um damit den erfolgten Eigenthumsübergang wieder rückgängig zu

263) Ein zur Erklärung der Thatſache, daß man ſich bei res nec mancipi ſtatt der bequemeren Tradition der Abtretung vor Gericht bediente, nicht unwichtiger Umſtand.

machen, aber wohl zu beachten: nur gegen den Empfänger — das Eigenthum ſelber ward dadurch nicht berührt, es ging frei aus der einen Hand in die andere. Dieſer Mechanismus, den das ſpätere Recht im Weſentlichen auch für die Eigenthumsübertragung durch Tradition beibehalten hat, iſt vielleicht einer der glücklichſten Gedanken des römiſchen Rechts, jedenfalls einer der feſteſten Anker für die Sicherheit des Eigenthums. Man würde ſich irren, wenn man die Geſtalt der Sache als etwas ſich von ſelbſt Verſtehendes betrachten wollte; das ſpätere Recht lehrt das Gegentheil. Letzteres hat nämlich in einigen Ausnahmsfällen den entgegengeſetzten Weg eingeſchlagen, ſo z. B. bei der act. quod metus causa, bei der restitutio in integrum der Minderjährigen,[264]) bei der Reſolutivbedingung, wenigſtens in gewiſſen Verhältniſſen.[265]) Der Fehler, der dem Eigenthum von ſeiner Geburt her anhaftet, wird hier nie überwunden, das Eigenthum iſt als ein krankes, ſieches zur Welt gekommen; in dem durch ſeine mangelhafte Begründung bewirkten Fehler trägt es den Todeskeim in ſich, der, wie ſpät und wo er ſich auch entfaltet, dem Eigenthum den Untergang bereitet und damit den Unſchuldigen, den ſpäteſten Nachmann mit in die Verwickelung und den Schaden hineinzieht.

Solche dem Eigenthum auf allen ſeinen Wegen nachſchleichende

---

264) L. 13 §. 1 de minor. (4. 4) . . adversus rei possessorem, licet cum eo non sit contractum. L. 14 ibid. — L. 9 pr. ibid. L. 1 Cod. si adv. vend. (2. 29). (Nicht bei der rest. majorum, wie man aus L. 30 §. 1 ex q. c. maj. [4. 6] abnehmen will.) — L. 58 de re jud. (42. 1).

265) Dazu würden ſich noch manche Fälle der reivind. utilis geſellen, wenn die herrſchende Lehre richtig wäre. In meinen Augen iſt die Reſolutivbedingung in ihrer modern römiſchen Geſtalt (Jahrb. X. S. 570 fl.) d. h. als dinglich geſchützter Vertrag vom legislativen Standpunkt aus einer der verwerflichſten Rechtsmechanismen, die es gibt; die Form, die ihr gebührt, und die ſie ſtets hätte behalten ſollen, iſt die des perſönlichen Anſpruchs (Contractsklage oder cond. causa data causa non secuta). In ihrer modern-römiſchen Geſtalt ſchließt ſie eine große Gefahr für das Eigenthum und eine ergiebige Quelle bedenklichſter Verwirrung in ſich. Freilich wiederholt ſie ſich, wie es ſcheint, unabhängig vom römiſchen Recht auch im engliſchen, ſ. Gundermann Engl. Privatr. I. S. 241.

Rückforderungs- und Anfechtungsklagen waren dem ältern Recht völlig fremd. Das altrömiſche Eigenthum iſt geſund und kräftig, wie alle Inſtitute des ältern Rechts, und gegen jede Beeinfluſſung durch irgend einen bei ſeiner Begründung vorgekommenen Fehler geſichert. All der Anſteckungsſtoff, der ihm auf ſeinem Wege und bei ſeiner Berührung mit der Obligation gefährlich werden könnte, entweicht in die Form der perſönlichen Klagen, d. h. das Anfechtungsmaterial, das aus der Art, wie das Eigenthum im einzelnen Fall entſteht, ſich ergibt, bleibt bei den zwei ſich unmittelbar gegenüberſtehenden Perſonen zurück, das Eigenthum ſelber aber wandelt unverſehrt und intakt von einer Hand in die andere. Der *Eigenthümer* leidet nicht unter dem, was der *Käufer* verſchuldet hat. Den Condictionen wegen Mangels in der causa, die den Krankheitsſtoff in ſich aufnehmen, verdankt das altrömiſche Eigenthum ſeine Kraft, Geſundheit, Sicherheit.

Dieſe Selbſtändigkeit der Eigenthumsfrage verläugnete ſich ſelbſt für das Verhältniß der unmittelbar gegenüberſtehenden Partheien nicht, d. h. auch in dem zwiſchen ihnen obſchwebenden Vindicationsproceß fand nach den in §. 52 entwickelten Grundſätzen das auf die Eigenthumsübertragung bezügliche Anfechtungsmaterial keine Berückſichtigung. Gleichzeitig mit dem einen Proceß konnte freilich zugleich der andere inſtruirt und möglicherweiſe dafür derſelbe Richter beſtellt werden. In beiden Proceſſen handelte es ſich um denſelben äußern Akt, aber der Standpunkt der Betrachtung war hier und dort ein völlig verſchiedener, in dem einen war es der des Eigenthums, in dem andern der der Obligation, und es war daher durchaus nichts widerſprechendes, daß der Richter einen und denſelben Akt der Eigenthumsübertragung vom erſteren Standpunkt aus für vollkommen wirkſam, vom letzteren aus für anfechtbar erklärte. Dieſe Möglichkeit der Duplicität der Beurtheilung eines und deſſelben Aktes von verſchiedenen rechtlichen Standpunkten involvirt für den Akt ſelber eine Duplicität ſeines juriſtiſchen Charakters, und der Juriſt kann dieſe Anſchauung vom möglichen Doppelcharakter der juriſtiſchen Thatſachen nicht genug in ſich ausbilden.

Jedes Geben — und daſſelbe gilt von jeder Vermögenszuwendung (z. B. der Beſtellung einer Servitut, der Ceſſion, Novation ꝛc.) — trägt einen doppelten juriſtiſchen Charakter an ſich und iſt daher von dem, der genau ſprechen will, auch mit verſchiedenen Namen zu bezeichnen. Derſelbe Akt, der in der einen Qualität den Namen: mancipatio, traditio führt, heißt in der andern solutio, indebiti solutio, donatio, mutuum u. ſ. w. In der einen Richtung kann er beſtehen, in der andern nicht; derſelbe Richter, der den Akt als gültige Eigenthumsübertragung anerkannt und geſchützt hat, kann ihn als ungültige solutio reſcindiren d. h. die Verpflichtung zur Rückübertragung des Eigenthums ausſprechen (nicht das Eigenthum ſelbſt aufheben), ſo wie er umgekehrt auch zu dem Reſultat gelangen kann, daß der Schuldner alles, was ihm oblag, gethan hat, obſchon der Uebergang des Eigenthums noch nicht bewerkſtelligt iſt.[265a])

Der Gedanke der Ausſcheidung des Cauſalmoments, den wir ſo eben für das Eigenthum entwickelt haben, wiederholte ſich auch für das alte Obligationenrecht; die abſtracte Eigenthumsübertragung fand in der abſtracten Obligation ihr würdiges Seitenſtück.[265b]) Auch ſie war ein Kunſtproduct, kein Menſch verſpricht

---

265a) Beiſpiele des erſteren Falles bieten unſere Quellen in Menge; außer den bekannten der condictio indebiti, sine causa u. ſ. w. ſ. Gaj. II. 84: si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur. Ueber den zweiten Fall ſ. L. 55 de cond. (35. 1), welche eine als Bedingung des Legats geſetzte Zahlung an einen Unfähigen zum Gegenſtand hat: condicioni parere debet et ducenta dare . . . licet nummos non faciat accipientis. Das Auseinanderhalten der Tradition und Zahlung im letzteren Fall iſt insbeſondere wichtig für die richtige Beurtheilung des Falls, wenn der Schuldner auftragsmäßig die Sache abgeſandt hat, ohne daß dieſelbe ſchon in den Beſitz des Gläubigers gelangt iſt; gewöhnlich wirft man hier beide Begriffe durcheinander, ſ. dagegen meine Ausführung in meinen Jahrbüchern IV. S. 419 fl.

265b) Im heutigen Recht iſt noch das abſtracte Pfandrecht hinzugekommen, welches in derſelben Weiſe von dem Erforderniß der Schuld abſtrahirt (bez. die Geltendmachung deſſelben in die Form der condictio verweiſt), wie die abſtracte Obligation von dem des Schuldgrundes; ein ſolches

ein „dare oportere“, ohne ſich darüber klar zu ſein, ob er dies thut, um zu ſchenken, zu noviren, eine Gegenleiſtung hervorzurufen u. ſ. w., und auch bei ihr fiel dieſer Grund oder Zweck des Verſprechens nicht unter den Geſichtspunkt eines bloßen Motivs, ſondern unter den oben entwickelten Begriff des Cauſalmoments d. h. eines zum vollen Verſtändniß des Vorgangs unentbehrlichen Elements. Die Ausſcheidung deſſelben hat daher bei ihr ganz dieſelbe Bedeutung, wie bei der Eigenthumsübertragung; indem ſie die Fäden, mit denen das Verhältniß am Boden feſthängt, löſt, hebt ſie daſſelbe auf eine künſtliche Höhe abſtracter Exiſtenz und verweiſt das Zurückgebliebene in die Form beſonderer Klagen.

Bei der Obligation iſt dies Verfahren noch um einen Grad künſtlicher, als beim Eigenthum. Bei letzterem ſind die beiden Elemente, die ſich trennen, ſyſtematiſch verſchiedener Art: Eigenthum und Obligation, bei der Obligation ſind ſie von einer und derſelben Art. In welchem Maße übrigens auch bei ihr dieſe Trennung indicirt iſt und durch die Macht der Dinge gefordert wird, lehrt der Umſtand, daß die abſtracte Obligation ſich zu allen Zeiten und auf allen Stufen der Rechtsentwickelung wiederholt, im älteſten Rom wie im Mittelalter und in der Gegenwart, trotz des Widerſtandes, den Geſetzgebung und Theorie — meiner Ueberzeugung nach aus unzureichenden Gründen — ihr nicht ſelten entgegengeſetzt haben.[266]) Ich werde nicht nöthig haben, das, was oben (S. 207) über den praktiſchen Nutzen dieſer Operation beim Eigenthum geſagt iſt, in ſpecieller Anwendung auf die Obligation zu wiederholen. Nur eine Bemerkung kann ich nicht unterdrücken. Es könnte nämlich ſcheinen, als ob der dort hervorgehobene zweite Vortheil

---

Pfandrecht iſt eine (negativ durch Nichtablöſung bedingte) Realanweiſung auf den ganzen oder theilweiſen Werth einer Sache und kann eben ſowohl credendi als donandi als solvendi causa ertheilt worden ſein.

266) z. B. Juſtinian (Note 166). Ein Beiſpiel aus neueſter Zeit bietet der Begriff der Anerkennung, deſſen Ausbreitung und Einbürgerung in unſerer Praxis ſchwerlich durch theoretiſche Bedenken aufgehalten werden wird.

auf die Obligation keine Anwendung fände, indem letztere sich nicht gleich dem Eigenthum, um mich so auszudrücken, auf die Wanderschaft begeben kann, vielmehr stets auf die ursprünglich sich gegenüberstehenden Personen beschränkt bleiben müßte. Diese Vorstellung ist eine irrige. Das Gegentheil lehrt nicht bloß unser moderner Wechsel, dessen Circulationsfähigkeit der des Eigenthums Nichts nachgibt, sondern auch die römische Obligation bei Gelegenheit der Delegation. Wie das Causalmoment des Eigenthums bei dem Uebergang desselben in eine zweite Hand zurückbleibt in dem Rechtsverhältniß des Gebers und Empfängers, so in gleichem Fall das des Wechsels in dem des Ausstellers und ersten Nehmers, das der ursprünglichen Obligation in dem des Deleganten und Delegaten — Eigenthum, Wechsel, Obligation gehen frei und rein in die zweite und folgende Hand über![267])

Die Formen, in denen der Begriff der abstracten Obligation im römischen Recht sich verwirklicht hat, sind das Nexum, der Literalcontract, die Stipulation und eine vierte problematische Form. Die beiden ersten correspondiren der mancipatio, sie tragen das Causalmoment, das sie der Sache nach ausgeschieden haben, als Formelement noch in sich, indem sie nämlich die Verpflichtung des Schuldners durch die Fiction eines Darlehns motiviren. Beim Nexum geschieht dies nach Art der mancipatio in plastischer Weise mittelst scheinbaren Zuwägens des Geldes, beim Literalcontract hat sich die Imitation des Darlehns nach Art der Valutaclausel beim Wechsel zu einer bloßen schriftlichen Beurkundung desselben in den

267) Ueber die Delegation s. L. 12 de novat. (46. 2) . . Sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit, sed is qui delegavit, tenetur condictione caet. L. 19 ibid. Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est, idemque est in ceteris similibus exceptionibus. L. 78 §. 5 de J. D. (23. 3). Die neueren Juristen ließen eine Ausnahme zu, die sich aber auch beim Eigenthum wiederholt, nämlich wenn der Uebergang in die zweite Hand auf Grund einer Schenkung erfolgt war. Vergl. L. 7 pr. de doli exc. (44. 4) mit L. 4 §. 29 ibid.

Hausbüchern (acceptum und expensum ferre) abgeſchwächt. Erſt in der Stipulation erreicht die abſtracte Obligation die Höhe, welche die abſtracte Eigenthumsübertragung in der in jure cessio erſtiegen hat, d. h. auch die rein nominelle Anknüpfung an das ihr unterliegende Geſchäft iſt verſchwunden — ein Fortſchritt in der Form, wie bei unſerm Wechſel der durch die deutſche Wechſelordnung ſtillſchweigend angeordnete Wegfall der Valutaclauſel. Nur bei der Aufhebung der Stipulationsſchuld durch acceptilatio repetirt der obige Gedanke, von dem die Stipulation ſelber ſich bereits frei gemacht hat; Frage und Antwort lauten nicht auf dare non oportere, ſondern gleich dem heutigen Schulderlaß mittelſt Quittirung auf „acceptum habere“.

Zu den bisher genannten Formen der abſtracten Obligation, von denen die beiden erſtern im neuern Recht völlig verſchwunden, die dritte aber, wenn auch äußerlich beibehalten, doch durch Zulaſſung des Cauſalmoments in Form der exceptio doli ihren urſprünglichen Charakter gänzlich eingebüßt hat, zu ihnen geſellte ſich noch im neuern Recht oder richtiger löſte die früheren völlig ab eine andere, über die wir aber allerdings wenig wiſſen. Aus der Conſtitution, in der Juſtinian die actio receptitia für den gewöhnlichen Verkehr außer Anwendung ſetzte und paſſiv auf Banquiers und Kaufleute beſchränkte,[267a]) geht ſo viel mit aller Sicherheit hervor, daß die Idee der abſtracten Obligation in ihr zur vollſten Verwirklichung gelangt war, denn das, was er ihr zum Vorwurf macht, daß nämlich der Schuldner, trotz der Einwendungen und Gegenanſprüche, die ihm zu Gebote ſtanden, vorläufig habe zahlen und, um zu ſeinem Recht zu kommen, den Weg der Klage habe einſchlagen müſſen,[268]) gerade das enthält das

---

267a) In Anwendung auf ihre Schuldbekenntniſſe (si indefense constituerint) ſoll es nämlich beim Alten bleiben, d. h. es ſollen, auch wenn man die Klage gegen ſie als act. de constituto bezeichnen will, die Grundſätze der act. receptitia zur Anwendung kommen.

268) Die entſcheidenden Worte der L. 2 Cod. de const. pec. (4. 18)

charakteriſtiſche Merkmal der abſtracten Obligation. Das Aufkommen dieſer jüngſten Form liefert einen abermaligen Beweis für die Unentbehrlichkeit der abſtracten Obligation. Seiner bisherigen Formen theils ſchlechthin, theils durch gänzliche Abſchwächung derſelben beraubt, ſchuf der Gedanke der abſtracten Obligation ſich eine neue, bis Juſtinian auch dieſe dem allgemeinen Gebrauch verſchloß und damit den modernen Verkehr nöthigte, im Wechſel abermals eine andere an die Stelle zu ſetzen. Welcher Art jene Form war, ob bloß ſchriftlich oder auch mündlich,[269] ob es dabei ſolenner Worte bedurfte,[270] ob ſie auf Geldſchulden beſchränkt war oder ſich auch auf andere Sachen erſtreckte,[270a] darüber will ich mich aller Hypotheſen enthalten. Dagegen kann ich es mir nicht verſagen,

---

ſind bereits in Note 166 mitgetheilt. Das einzige Zeugniß außer dieſer Conſtitution hat uns Theophilus IV. 6 §. 8 erhalten. S. auch oben Note 28.

269) Theophilus l. c.: τραπεζίτου ἀντιφωνήσαντος (constituente) L. 2 §. 2 Cod. cit. indefense (ohne Vertheidigung d. h. mit Aufgebung aller Einreden, ſchlechthin, abſtract) constituerint geben darüber keine Auskunft.

270) So Manche z. B. Bruns, Zeitſchr. f. R. G. I. S. 86, Kuntze, Excurſe S. 496, und es hat die Wahrſcheinlichkeit für ſich. Ob auch dieſe Form auf den Geſichtspunkt der Zurückforderung eines Gegebenen gebaut war, dafür möchte der Ausdruck: recipere kein Argument gewähren, denn das recipere iſt hier nicht vom Gläubiger gebraucht, der das Gegebene zurücknimmt, wie bei der dos receptitia, ſondern vom Schuldner, der die Verpflichtung auf ſich genommen hat. Recipere kommt bei nicht-juriſtiſchen Schriftſtellern theils allein (in se, ad se oder recipere ſchlechthin), theils in Verbindung mit promitto, polliceor, dico, spondeo gar nicht ſelten für Uebernahme einer Verpflichtung vor (vorzugsweiſe einer fremden, ſo auch in L. 8 §. 1 ad SC. Vell. 16. 1, jedoch auch für originäre Verpflichtung, z. B. Cic. ad fam. V. 8, 5 u. a. St.) auch ſubſtantiviſch: receptum et promissum. Plaut. mil. glor. II. 2, 74. Terent. Heaut. V. 5, 12. Liv. XXXIII. 13 i. f. Cic. ad fam. XI. 1, 4. XIII. 10, 3. XIII. 17, 50. ad Att. XIII. 1, 1. Cic. Phil. II. 32, 79. V. 18, 51. Ein techniſcher Ausdruck ſcheint es nie geweſen zu ſein.

270a) Rudorff, De jurisdictione edictum p. 107 ſtellt ſeinen Formelentwurf der Klage auf einen fundus, allein in L. un. Cod. cit. pr. folgt auf das „res exigebatur“ res indebitas consequi“ hinterher „pecunias indebitas“.

über das ökonomiſche Motiv und die praktiſche Beſtimmung dieſer eigenthümlichen Obligationsart eine Vermuthung zu äußern. Das Bedürfniß, das im Mittelalter den Wechſel hervorrief: die Beſchaffung von auswärtigen Geldzahlungen in der Landesmünze mußte ſich in der Zeit des Welthandels auch im Rom fühlbar machen.[271] Die Verbindungen, welche die Publikanen, die Banquiers der römiſchen Welt, auf allen Plätzen der Erde unterhielten, boten zu dem Zweck ein vielleicht noch bequemeres und zuverläſſigeres Mittel, als die der Campſadoren des Mittelalters. So vermittelte z. B. Attikus für Cicero die Uebermachung einer Summe, die letzterer ſeinem in Athen ſtudirenden Sohn zugedacht hatte; das Geld ward in Rom eingezahlt und in Athen in Landesmünze ausgezahlt.[272] Daß die praktiſchen Römer für dieſen Zweck auch das richtige Mittel gefunden haben werden, d. h. eine Form, die nicht bloß dem Einzahler des Geldes, ſondern auch dem Deſtinatär ein Klagerecht verſchaffte, darüber bin ich wenigſtens nicht zweifelhaft. Ohne nun andere mögliche Formen abzuweiſen, wie z. B. die chirografa und syngrafa der Peregrinen,[273] ſo möchte ich die Vermuthung aufſtellen, daß die act. receptitia in dem angegebenen Zweck oder ſagen wir geradezu in den Bedürfniſſen des römiſchen Wechſelverkehrs ihre eigentliche Entſtehung und Beſtimmung gefunden habe. So würde es ſich erklären, daß Juſtinian, um unſern Vergleich mit dem Wechſel weiter fortzuführen, die paſſive Wechſelfähigkeit auf diejenigen Perſonen beſchränkte, welche durch ihr Geſchäft und ihre Verbindungen die geeigneten Vermittler des Wechſelverkehrs waren: Geldwechſler (argenti distractores) und Handelsleute (alii negotiatores). So ferner die Erſcheinung, daß gerade in dieſem Verhältniß, für welches die ſtrenge Durch-

271) Verſchiedenheit des Wechſelcurſes nach Verſchiedenheit der Plätze: L. 3 de eo, quod certo (13. 4); Ausgleichung mittelſt der act. arbitraria de eo quod certo loco.

272) Cic. ad Att. XV. 15, 4 Cures, ut permutetur Athenas, quod sit in annuum sumptum ei. Scilicet Eros numerabit.

273) Gaj. III. 134: quod genus proprium peregrinorum est.

führung des Begriffs der abſtracten Obligation allerdings eine Lebensfrage iſt, eine Strenge ſich zu erhalten vermochte, die das römiſche Recht für den gewöhnlichen Verkehr verworfen hatte. Der formelle Charakter der Klage (solennibus verbis composita) erhöht die Aehnlichkeit mit unſerem modernen Wechſel. In unſerer heutigen Sprache ausgedrückt würde darnach der Inhalt der juſtinianeiſchen Verfügung ſich dahin angeben laſſen: die paſſive Wechſelfähigkeit iſt auf Wechſler und Kaufleute beſchränkt, die Schuldverſchreibungen des gewöhnlichen Lebens ſollen nicht in die Form von Wechſeln gebracht werden.

Die beiden bisher betrachteten Verhältniſſe: die abſtracte Eigenthumsübertragung und die abſtracte Obligation enthalten die Hauptfälle, in denen der Gedanke der analytiſchen Vereinfachung des Thatbeſtandes im ältern Recht zur Verwirklichung gelangt, aber keineswegs die einzigen. Es möge mir erlaubt ſein, noch einen dritten Fall hervorzuheben, bei dem die Beziehung zu unſerem Geſichtspunkt ungleich verſteckter iſt.

In Verhältniſſen gemeinſchaftlicher Berechtigung und Verpflichtung wird die Verfolgung der Rechte und Verbindlichkeiten in eben dem Maße erſchwert, als die Zahl der Intereſſenten wächſt,[273a]) doppelt, wenn gar der Kreis dieſer Perſonen dem beſtändigen Wechſel ausgeſetzt, oder das Theilverhältniß, in dem ſie an den Rechten und Pflichten participiren, ein unſicheres, ſchwankendes iſt. Für ſie ſelber zwar, wenn ſie klagend auftreten wollen, iſt die Schwierigkeit nicht ſo erheblich, theils weil ſie ſelber ihr inneres Verhältniß kennen, theils weil ſie ſich durch einen gemeinſamen Stellvertreter vertreten laſſen können. Anders aber für den Dritten, der ſie belangen will. Für ihn, den außen Stehenden, iſt es ungleich mühſamer und oft geradezu unmöglich, das Theilverhältniß, das er ja bei jedem Beklagten in der Klage angeben

---

273a) Aequum enim Aedilibus visum est vel in unum ex his . . . actiones competere, ne cogeretur emtor cum multis litigare, L. 44 §. 1 de aed. act. (21. 1).

muß, zu ermitteln, und der beſte, unzweifelhafteſte Anſpruch würde, wenn dieſer Schwierigkeit nicht abzuhelfen wäre, nur zu oft an dieſer Klippe zerſchellen. Das Mittel dieſer Schwierigkeit zu begegnen, iſt durch die Sache ſelber in dem Maße vorgezeichnet, daß es ſich überall unter den verſchiedenſten Verhältniſſen und zu den verſchiedenſten Zeiten wiederholt. Es beſteht einfach in einer Anwendung unſeres obigen Geſichtspunktes der analytiſchen Vereinfachung des Thatbeſtandes, nämlich in der Ausſcheidung jener unbequemen Frage: wie das der Geſammtgemeinſchaft an ſich zuſtehende Recht oder die auf ihr laſtende Verbindlichkeit im Innern derſelben ſich unter die Mitglieder vertheile? kurz in der Ausſcheidung der innern Seite des Verhältniſſes und der Beſchränkung auf die äußere Seite, d. h. der Frage von der Exiſtenz des Anſpruchs zwiſchen der Gemeinſchaft auf der einen und dem Dritten auf der andern Seite. Techniſch wird dieſe Ausſcheidung der ſubjectiven Seite des Verhältniſſes dadurch vermittelt, daß ein künſtlicher Träger deſſelben aufgeſtellt wird, der nach außen als Subject figurirt. In Wirklichkeit iſt dieſer Rechtsträger nichts als ein Figurant, ein bloßer Mechanismus, um in bequemer Weiſe die Beziehungen der Gemeinſchaft nach *außen* hin zu vermitteln; nach *innen* hin iſt nicht Er der Berechtigte, ſondern die Gemeinſchaftsintereſſenten, die hinter ihm ſtehen, und denen er bloß als Leitapparat dient. Nach außen hin aber nimmt er durchaus die Stellung des wirklich Berechtigten und Verpflichteten ein, Er iſt es, der klagt und beklagt wird, der die Rechtsgeſchäfte abſchließt und ausführt. Seine Stellung iſt alſo keineswegs die eines gewöhnlichen Bevollmächtigten, damit würden die obigen Schwierigkeiten nicht umgangen, denn der Bevollmächtigte, der nicht das eigene, ſondern das Recht ſeiner Mandanten geltend macht, wird durch den ihm obliegenden Nachweis ſeiner Vollmacht ſtets auf das innere Theilhaberverhältniß zurückgeworfen, ganz abgeſehen von der prekären, durch Tod und Widerruf jeder Zeit löslichen Natur dieſer Form. Wirklich abgeſchnitten werden dieſe

Schwierigkeiten nur dadurch, daß man diese Mittelsperson nach außen hin zum Subject des Rechts stempelt.

Diese Figur des Rechtsträgers wiederholt sich theils zu dem angegebenen, theils zu andern Zwecken fast überall.[274] Das Interesse, das sie der juristischen Betrachtung darbietet, ist mit dem Gesichtspunkt, unter dem wir sie hier zu betrachten haben, keineswegs erschöpft;[275] an dieser Stelle haben wir uns auf letzteren zu beschränken.

Die Form, in der der Rechtsträger in Anwendung auf den obigen Zweck im altrömischen Recht auftritt, ist eine doppelte. Die eine besteht darin, daß jeder Theilhaber nach außen hin die Rolle des Rechtsträgers auf sich nimmt, was nur bei obligatorischen Verhältnissen möglich ist, indem nur die Obligation sich activ und passiv beliebig in solidum vervielfältigen läßt. Dies war, wie es scheint, die eigentliche Bestimmung der Correalobligation. Die mehreren Gemeinschaftsinteressenten schlossen den Contract in solidum ab, im Fall einer Stipulation promittirte und stipulirte Jeder (correi stipulandi, promittendi), oder sie bedienten sich zu dem Zweck eines gemeinsamen Sklaven.[276] So ward Jeder von ihnen Schuldner und Gläubiger, und wie auch ihr Verhältniß im Innern beschaffen war oder sich im Lauf der Zeit gestalten mochte, für das Verhältniß nach außen hin verschlug dies Nichts. An diese im Verkehr vorgefundene Gewohnheit knüpfte der Prätor bei Aufstellung der act. institoria und exercitoria an, indem er diese Klagen gegen jeden Gesellschafter in solidum gab.

Die geschilderte Form reichte bei einer kleinen Zahl der Theil-

274) Man denke z. B. an den Prodominus, Provasallen im Lehnrecht, den Lehnsträger bei der Gesammtbelehnung; L. 4 §. 9 de fid. lib. (40. 5) .. unum ex creditoribus constitui, cui caveatur omnium nomine.

275) Das Weitere s. in der Theorie der Rechte bei Gelegenheit des Verhältnisses des Rechts zum Interesse.

276) Sowohl activ: L. 29 de stip. serv. (45. 3) als passiv, indem sie ihm einen Auftrag ertheilten (act. quod jussu) oder bei einem Handelsgeschäft ihn als institor bestellten.

nehmer aus, bei ganzen Gemeinden, bei Corporationen, bei den Geſellſchaften der Publikanen enthielt ſie eine Unmöglichkeit. Hier bedurfte es einer andern Form, und dies iſt der bekannte Mechanismus der juriſtiſchen Perſon. In welcher Weiſe ſich die Römer dieſen Begriff juriſtiſch gedacht haben, ob bereits in jener ganz abſtracten, über das Praktiſche des Verhältniſſes ſo leicht irre führenden Weiſe, die uns heutzutage zur zweiten Natur geworden iſt, mag hier dahin geſtellt bleiben; für unſern Zweck genügt es, zwei Sätze auszuſprechen, in denen das eigentlich praktiſche Weſen dieſes Begriffs, das über jener rein doctrinären Frage nur zu oft überſehen wird, beſchloſſen liegt.[276a]) Das iſt erſtens der Satz, daß nach innen hin die einzelnen Mitglieder der juriſtiſchen Perſon die Berechtigten ſind — eine Behauptung, die ich zwar erſt an anderer Stelle (§. 61 Note 466 fl.) rationell begründen kann, für die aber hier ſchon die Verweiſung auf die Publikanenvereine, von denen ſchwerlich Jemand das Gegentheil annehmen wird, als Illuſtration dienen mag. Zweitens der Satz, daß nach außen hin nicht die einzelnen Mitglieder nach Maßgabe ihres Antheilsverhältniſſes als Subjecte des Rechts auftreten, ſondern die als Trägerin aller Theilrechte, als Inbegriff aller berechtigten Perſonen gedachte Geſammtheit. Faßt man beide Sätze zuſammen, ſo gelangt man zu dem Reſultat, daß der hier zur Anwendung gelangende Mechanismus techniſch ganz derſelbe iſt, wie in dem obigen Verhältniß eines phyſiſchen Rechtsträgers, nur daß der Rechtsträger in dem einen Fall eine leibliche, in dem andern eine bloß begriffliche Exiſtenz hat. Entkleidet man das Verhältniß von dieſer ſeiner techniſchen Form, ſo bleibt als realer Kern übrig: Geltendmachung von Anſprüchen gewiſſer berechtigter Perſonen ohne Nennung ihres Namens, mit Vorenthaltung des internen Verhältniſſes der Berechtigten, der ſubjectiven

---

276a) In der jüngſten Zeit iſt freilich das wahre Weſen der juriſtiſchen Perſonen gegenüber den ungeſunden Abſtractionen der frühern Doctrin mehr und mehr erkannt, ſ. vor allem Unger in der Krit. Ueberſchau IV. S. 147 fl. Bähr, Der Rechtsſtaat S. 28—30 und Brinz, Lehrbuch der Pandekten §. 226 fl.

Seite des Rechts; die Klage wird erhoben für die „Berechtigten", wer sie auch seien (persona incerta), für diejenigen, „welche es angeht", juristische Person ist nur ein anderer Ausdruck für die zeitweiligen, des Nähern nicht angegebenen „Interessenten".

So reducirt sich demnach der Kunstgriff, der bei der juristischen Person zur Anwendung gelangt, auf denselben Gedanken, wie bei der abstracten Eigenthumsübertragung und Obligation: Vereinfachung des Thatbestandes auf analytischem Wege durch Ausscheidung eines für diesen bestimmten Zweck zu entbehrenden, im übrigen in der natürlichen Erscheinung des Verhältnisses aber nicht bloß stets vorhandenen, sondern für seine definitive juristische Gestaltung zugleich völlig unerläßlichen Moments. Alle drei Begriffe sind nichts als Kunstproducte, Mechanismen zum Zweck der Erleichterung der Rechtsverfolgung. [277])

Die Frage vom Thatbestande ist keine ausschließlich privatrechtliche, sie wiederholt sich für alle Theile des Rechts, auch für das öffentliche Recht. Wie das Rechtsgeschäft, so ist auch das Gesetz, wie die Handlungen der Privatpersonen, so sind auch die der öffentlichen Behörden an gewisse Bedingungen geknüpft, deren Nichtdasein ihre verpflichtende Kraft ausschließt. Um so viel höher die Sicherheit und Ordnung der öffentlichen Verhältnisse, das Interesse der gesammten Rechtsordnung über den Verhältnissen des Privatlebens steht, um so viel höher die Bedeutung, welche die richtige Lösung der Frage für das Staatsrecht hat, gegenüber der, die ihr für das Privatrecht zukommt. Sind die Erfordernisse, an welche der Thatbestand der politischen Akte und Einrichtungen geknüpft ist, nicht der Art, daß sich ihr Dasein oder Nichtdasein auf den ersten Blick erkennen läßt, fordern sie den Zweifel heraus,

---

277) Was die juristischen Personen im übrigen sind, geht uns hier, wo es sich bloß um ihre Structur vom Standpunkt der juristischen Technik aus handelt, Nichts an.

ſetzen ſie eine Unterſuchung voraus, ſo ſchließt dies die größte Gefahr für die bürgerliche Geſellſchaft, eine Quelle von Verſuchungen und Gewiſſensconflicten und vor allem einen Fluch für den ſeiner Stellung nach am meiſten dadurch betroffenen Richter in ſich. Die richtige Geſtaltung des Thatbeſtandes für dieſe Verhältniſſe iſt daher eine politiſche Lebensfrage erſten Ranges. Unterſuchen wir, wie das altrömiſche Staatsrecht dies Problem gelöſt hat.

Wir knüpfen an einen bekannten hiſtoriſchen Fall an. Clodius hatte während ſeines Tribunats den Cicero in die Verbannung getrieben und deſſen Haus conſecrirt, beides in den dafür vorgeſchriebenen Formen. Nachdem Cicero durch Volksbeſchluß zurückgerufen war, bemühte er ſich dieſe Conſecration rückgängig zu machen, indem er vor dem Pontificalcollegium, welches darüber zu entſcheiden hatte, die Nichtigkeit dieſes Akts auszuführen verſuchte. Der Weg, den er dabei einſchlug, war folgender. Clodius, ein geborener Patricier, hatte ſich, um das nur den Plebejern zugängliche Tribunat zu erlangen, von einem Plebejer arrogiren und ſodann wieder emancipiren laſſen. Cicero beſtreitet nun die Gültigkeit dieſes Akts aus verſchiedenen Gründen. An dem Tage, wo die lex curiata über dieſe Arrogation erlaſſen, ſeien Himmelsbeobachtungen angeſtellt (servatum de coelo) — ein Hinderniß für das agere cum populo —, das Altersverhältniß zwiſchen Clodius und dem Adoptivvater ſei nicht das im Pontificalrecht vorgeſchriebene geweſen u. ſ. w. Nachdem er dadurch die Nichtigkeit der Arrogation dargethan zu haben glaubt, ſchließt er weiter: war letztere nicht gültig, ſo iſt Clodius nicht Plebejer, folglich auch nicht Volkstribun geworden, war er letzteres nicht, ſo ſind alle Akte, die er in dieſer Eigenſchaft vorgenommen, mithin auch die durch ihn vollzogene Conſecration nichtig.[278])

Die ſtillſchweigende Vorausſetzung, auf der dieſe ganze Deduction beruht, iſt eine doppelte, erſtens: jeder Verſtoß gegen das

278) Cic. de domo. Kurz zuſammengefaßt findet ſich die obige Deduction wiederholt in ſeiner Rede de provinciis consularibus XIX. 45.

geistliche oder weltliche Recht begründet Nichtigkeit des Akts; zweitens: diese Nichtigkeit theilt sich allem mit, was auf Grundlage dieses Akts fernerhin vorgenommen wird. Es läßt sich nicht läugnen, daß diese Betrachtungsweise, die man als System der absoluten politischen Nichtigkeit bezeichnen könnte, einen gewissen doctrinären Schein hat, namentlich der zweite Satz, denn wie kann sich — möchte man sagen — Leben entwickeln aus einem todten Keim? Andererseits aber liegt es auf der Hand, daß sie mit dem Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit völlig unverträglich ist, und es bedarf nicht der Bemerkung, daß die Römer am wenigsten das Volk waren, um die realen Zwecke und Anforderungen des Lebens dem Streben nach theoretischer Correctheit zu opfern. Und nicht einmal das letztere Lob läßt sich jenem System nachrühmen; der Schein logischer Nothwendigkeit, mit dem es sich umgibt, ist leerer Schein, wie denn überhaupt alles praktisch Verkehrte und Unbrauchbare nie das theoretisch Richtige sein kann.

Der Weg, den das altrömische Staatsrecht eingeschlagen hat, ist in der That ein ganz anderer — ein eben so einfacher, wie logisch untadelhafter und praktisch richtiger.

Das geistliche Recht, das Fas, stellte bekanntlich für die Vornahme aller Akte des öffentlichen Lebens eine Menge von Erfordernissen auf: sie sollten nur vollzogen werden an gewissen Tagen, nur, wenn die Auspicien günstig ausgefallen, wenn keine drohenden Himmelserscheinungen vorgekommen u. s. w. Wer würde nicht erwarten, daß wenn irgendwo, so gerade bei diesen mit der Weihe göttlicher Sanction bekleideten Vorschriften die Nichtbeachtung Nichtigkeit nach sich gezogen hätte? Aber auch das göttliche Gebot fügte sich in Rom den Rücksichten der praktischen Zweckmäßigkeit! Ein Augur oder im Felde der Pullarius hatte sich bei Einholung der Zeichen ein Versehen zu Schulden kommen lassen oder gar absichtlich, um den Akt nicht zu verhindern, die Wahrheit entstellt, der Beamte, der ihn zugezogen, wußte dies, nahm aber gleichwohl den beabsichtigten Akt vor. War derselbe nichtig? Nein! Die Beobachtung der Auspicien ist Sache des Augurn, seine

Verpflichtung iſt es dabei nach den Geſetzen ſeiner Kunſt zu verfahren, handelt er denſelben zuwider, ſo ladet er die Schuld auf ſein Haupt und leidet Strafe,[279] aber den Magiſtrat kümmert dies nicht, er hält ſich einfach an den Ausſpruch des Technikers, ohne denſelben einer weitern Prüfung zu unterziehen, dazu hat er weder das Recht,[280] noch die Pflicht.[281] Das Erforderniß günſtiger Auſpicien reducirt ſich alſo juriſtiſch lediglich auf die Verkündigung derſelben. Nicht aber, als ob die Römer das Wort an die Stelle der Sache geſetzt hätten[282] — mit welchem Grunde hätte dies geſchehen können? — ſondern weil der Magiſtrat, der dem Augurn die Prüfung der Auſpicien übertragen hatte, das Urtheil deſſelben ebenſo zu reſpectiren hatte, wie der Prätor, der den judex beſtellt hatte, das des letztern. Mit andern Worten: das Erforderniß der richtigen Beobachtung der Auſpicien iſt in die Form einer dem Augurn auferlegten Verpflichtung gebracht, es iſt keine Anforderung für den Akt, durch den er das Daſein günſtiger Auſpicien conſtatirt, ſondern eine Anforderung an ſeine Perſon.

Ein Prätor hatte an einem dies nefastus eine legis actio vornehmen laſſen; war dieſelbe nichtig? Die Beobachtung der richti-

---

279) Wenn er unvorſätzlich gehandelt hatte (piaculum commissum), ſo mußte er durch eine piacularis hostia expiirt werden (Varro de L. L. VI. 30), ſonſt traf ihn außer der Strafe des Himmels (Liv. X. 40) die nota censoria (Cic. de divin. I. 16, 19), die auch die politiſchen Beamten in ähnlichen Fällen traf (Gell. XIV. 7, 8), und ſicherlich noch ſonſtige Strafe, die wenigſtens für weltliche Beamte bei Verletzung dieſer Vorſchriften bezeugt iſt, Cic. de div. II. 33, Val. Max. I. 4, 3.

280) Cic. Phil. II. 35, 88: mentita auspicia, quibus tamen parere necesse erat.

281) Liv. X. 40 . . si quid falsi nuntiat, in semet ipsum religionem recipit, mihi quidem tripudium nuntiatum, populo Romano exercituique egregium auspicium est; nicht entgegen Liv. XLI. 18 a. E.

282) So Danz Sacraler Schutz S. 238 und Demelius, Die Rechtsfiction S. 15. Schwegler Röm. Geſch. I. S. 772 Note 1 erblickt darin einen eigenthümlichen Grundſatz der etruſciſch-römiſchen Disciplin.

gen Zeiten und Tage war eins der Grundgesetze des heiligen Rechts, aber diese Vorschrift bestand nicht für die Partheien, denen man die genaue Kenntniß und Beobachtung des Kalenders nicht zumuthen konnte,[283] sondern lediglich für den Magistrat![284] Eine Nichtbeachtung derselben begründete also zwar von seiner Seite eine Pflichtverletzung und zog Strafe für ihn nach sich, aber auf den Akt erstreckten sich die Wirkungen seiner Pflichtverletzung ebensowenig als die der Verletzung der Obligation von Seiten eines Verkäufers, der die Sache zum zweiten Mal verkauft und sie dem zweiten Käufer tradirt, auf die Tradition — der Akt war gültig.[285]

Die beiden bisher betrachteten Verhältnisse lassen bereits den Weg, den das ältere Recht zur Lösung des obigen Problems eingeschlagen hat, mit ziemlicher Deutlichkeit erkennen, aber zu der Ueberzeugung, daß wir es hier mit einem vollständig ausgebildeten, durchdachten politischen System zu thun haben, gelangen wir erst, wenn wir noch zwei andere Verhältnisse von ungleich höherer politischer Tragweite: die Wahl der Magistrate und den Erlaß der Gesetze zur Vergleichung heranziehen.

Das erste dieser beiden Verhältnisse ist ganz besonders geeignet, jenes System ins hellste Licht zu setzen, theils wegen des relativ reichen bis in die ältesten Zeiten hinaufreichenden Quellenmate-

283) Darum fand das Erforderniß bei der legis actio per pignoris capionem keine Anwendung, indem diese eine Mitwirkung des Prätors überhaupt nicht erforderte.

284) Alle Stellen, die davon handeln, drücken sich in dieser Weise aus; z. B. Varro de L. L. VI. 29, 30. VII. 53: Praetoribus licet fari, Praetorem nefas fari. Ovid. Fasti I. 51: Praetor verba libera habet. Auf diesen nicht selten verkannten Punkt (z. B. Puchta: „Tage, an denen eine legis act. nicht möglich war") habe ich bereits (II. 560) aufmerksam gemacht, s. jetzt auch O. E. Hartmann, Der Ordo Judiciorum. S. 16.

285) Varro l. c. si . . quem manumisit, ille nihilo minus est liber, sed vitio. Die Vitiosität hatte hier aber sicherlich nicht die Folge, wie im öffentlichen Recht (s. u.) d. h. die der Rescission des Akts; das hätte sich mit dem Grundsatz, daß eine einmal ertheilte Freiheit nicht zurückgenommen werden kann, nicht vertragen und würde namentlich auch für die Legis-Actionen in keiner Weise gepaßt haben.

rials, das uns dafür zu Gebote ſteht, theils weil uns in ſpecieller Anwendung auf dieſen Fall ein Satz aufbewahrt iſt, der die Formulirung des ganzen Syſtems enthält. Dieſer Satz lautet: magistratus vitio creatus nihilo secius magistratus.[286]) Mit dieſem der Auguraldisciplin angehörigen Ausdruck vitium[287]) iſt das Syſtem ſelbſt in einer ſo prägnanten Weiſe charakteriſirt, daß wir darnach daſſelbe als Syſtem der politiſchen Vitioſität bezeichnen werden.

Mit der Wahl der Magiſtrate verhielt es ſich kurz geſagt in folgender Weiſe. Alle Erforderniſſe, die für dieſelbe aufgeſtellt ſind, ſei es durch Geſetze oder durch Gewohnheitsrecht, ſeien ſie poſitiver oder negativer Art, ſind in die Form von Anforderungen an den die Wahlcomitien leitenden Magiſtrat gebracht. Er iſt für die Beobachtung verantwortlich, und ſein Amtseid und die Ausſicht auf die nach Niederlegung ſeines Amts ihn treffende Anklage und Strafe bürgen für die Erfüllung ſeiner Pflicht. Aber wagt er es darauf, ſetzt er ſich über jene Vorſchriften hinweg, indem er beim Schluß der Comitien Jemand als gewählt proklamirt (renuntiatio), deſſen Wahl er als ungültig hätte zurückweiſen ſollen, ſo iſt der Verkündete, wenn die Zeit zum Antritt ſeines Amts gekommen, Magiſtrat, und Niemand darf ihm den amtlichen Gehorſam vorenthalten, denn wenn auch „vitio creatus“, ſo iſt er doch „nihilo secius magistratus“. Nur die höchſte Oberaufſichtsbehörde: der Senat kann ihn, ſei es aus eigener oder fremder An-

286) Varro de L. L. VI. 30.

287) Unverarbeitetes Quellenmaterial für dieſen Begriff bei Brissonius de voc. ac form. I. c. 205. Der Ausdruck ruft unwillkührlich die Parallele mit dem vitium possesionis hervor, und wer dieſelbe bei der folgenden Darſtellung im Text vor Augen behalten will, wird ſich überzeugen, daß der Begriff in beiden Richtungen ganz derſelbe iſt — man könnte in der obigen Formel den Ausdruck magistratus mit possessor vertauſchen — nämlich der der Relativität des Fehlers, ein ſchlagender Beleg für die wunderbar ſcharfe und in die früheſte Zeit hinaufreichende Terminologie der Römer. Wie der possessor injustus zu jedem Dritten ſteht, ſo der magistratus vitiosus zum Volk, wie jener zum justus, ſo dieſer zum Senat.

regung, nachdem das Vitium in richtiger Form (z. B. durch Ausſpruch des Augurncollegiums) conſtatirt iſt, removiren, und zwar geſchieht dies nicht etwa durch Nichtigkeitserklärung ſeiner Wahl — damit wären alle ſeine Amtshandlungen ebenfalls für nichtig erklärt[288] — ſondern indem er genöthigt wird, ſein Amt nieder zu legen (se abdicare magistratu).[289] Indem man ihn damit noch im Moment des Scheidens als legitimen Träger des Amts anerkannte, rettete man ſeine Vergangenheit, ſchnitt den unheilvollen Einfluß, den jeder Zweifel an der Gültigkeit ſeiner Amtshandlungen oder gar die Hinfälligkeit derſelben hätte ausüben müſſen, in beſtimmteſter Weiſe ab. Ich muß ſogar beſtreiten, daß der Senat lediglich auf Grund der Vitioſität ſeiner Wahl auch nur eine einzige ſeiner Amtshandlungen hätte reſcindiren können, damit wäre er mit ſich ſelbſt in Widerſpruch gerathen, denn unter dieſer Vorausſetzung hätte er ſie ſämmtlich caſſiren müſſen. Wollte er einzelne herausgreifen, ſo mußten Ungültigkeitsgründe vorgebracht

---

288. Siehe dagegen die Erwägungen, die Ulpian in L. 3 de off. praet. (1. 14) geltend macht. Nach Marquardt in Beckers Handbuch der römiſchen Alterth. IV. S. 349 wären „mit dem Abtreten des Magiſtrats vom Amt alle von ihm vollzogenen Verfügungen und unter ſeinem Vorſitz gegebenen Geſetze für ungültig erklärt worden". Warum nicht auch die Senatsbeſchlüſſe, an denen er mitgewirkt, die judicia publica, privata u. ſ. w.? Die Stellen, auf die er ſich beruft, enthalten von einem ſolchen praktiſch geradezu unmöglichen Satz nicht das Geringſte. Man vergleiche dagegen Plutarch Cato min. 40 und Plut. Cicero c. 34 — zwei Stellen, auf die mich inzwiſchen mein Freund Ludw. Lange aufmerkſam gemacht hat. Plutarch berichtet hier von dem gewaltthätigen und ungeſetzlichen Verfahren Cicero's, der nach ſeiner Zurückkunft aus dem Exil die Akte des Clodius auf den Grund hin, daß letzterer auf ungeſetzliche Weiſe das Tribunat erhalten hatte, caſſiren wollte, wogegen aber Cato im Senat energiſche Verwahrung einlegte, indem er ausführte, daß es unerhört und gewaltthätig ſei, wenn der Senat die Aufhebung ſo vieler Beſchlüſſe und Handlungen decretiren wolle — man könne den Beamten zur Verantwortung ziehen, aber damit falle noch nicht ſeine ganze Geſchäftsführung.

289) Cic. de nat. deor. II. 4, 11: augures ad senatum, senatus: ut abdicarent consules; abdicaverunt. id. de legib. II. 12, 13; II. 35. Liv. IV. 7. V. 17. VIII. 15; 23. XXII. 33.

werden, die ſich ſpeciell auf ſie bezogen, [290]) die ſich aber, wenn's Noth that, leicht fanden.

Man wird zugeſtehen, daß die bisher geſchilderte Geſtaltung des Verhältniſſes eine ungemein glückliche war, ſie vereinigte in ſich die höchſte Einfachheit mit der größten Klarheit und Sicherheit. Es iſt ein intereſſanter Beweis für das hohe Alter feſter ſtaatsrechtlicher Grundſätze in Rom und zugleich für den conſervativen Sinn der Römer, daß die älteſten und jüngſten Geſetze aus der Republik ſich auf dem von uns bezeichneten Wege begegnen. Dieſelbe Form, in die die leges Valeriae (305) das Verbot der Wahl eines magistratus sine provocatione bringen, nämlich die einer (in dieſem Fall durch Todesſtrafe verſchärften) Inſtruction an den die Wahlcomitien leitenden Magiſtrat, [291]) dieſelbe Form wiederholt ſich noch in der lex Julia municipalis (709).[292]) Wer die juriſtiſche Sprache der Römer einigermaßen kennt, weiß, daß mit dieſer Form alles oben Ausgeführte implicirt iſt, daß alſo die Uebertretung nicht Nichtigkeit, ſondern bloß Strafe nach ſich zog, oder um den Gegenſatz mit einem römiſchen Kunſtausdruck zu bezeichnen, daß jene Geſetze nicht leges perfectae, ſondern minus quam perfectae waren.[293]) Der Kaiſerzeit kamen die ſtaatsrechtlichen Traditionen der Republik ſehr bald abhanden. Schon im erſten Jahrhundert nehmen die Geſetze über die Wahl der Beamten Beſtimmungen auf, die man in denen der Republik vergebens ſuchen

290) z. B. Cic. Phil. XIII. 3: leges refixistis, per vim et contra auspicia latas decrevistis. In dieſem Sinn dürfte die dieſen Worten vorausgehende allgemeine Wendung: acta Antonii rescidistis zu beſchränken ſein. Cic. de domo 15, 40. 16, 41.

291) Liv. III. 55: ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet; qui creasset, eum jus fasque esset occidi. Eine Uebertretung dieſer Vorſchrift mußte kenntlich werden an der Formulirung der Rogations-, vielleicht auch der Renuntiationsformel. Das dicere dictatorem fiel dem Wortlaut nach nicht unter das Geſetz.

292) S. die Kapitel 5—10 dieſes Geſetzes.

293) Ulp. Fr. Prooem. §. 2.

würde,[294]) und in dem Zeitalter der klaſſiſchen Juriſten war die Erinnerung an die ſtaatsrechtliche Doctrin der Republik bereits in dem Maße verſchwunden, daß zwei dieſer Juriſten ſich abmühen mußten, eine Entſcheidung, die ihre Vorgänger zur Zeit der Republik einfach auf den Satz: magistratus vitio creatus nihilo secius magistratus geſtützt hätten, als eine zweifelhafte und fragliche erſt noch mit allerhand Gründen zu motiviren.[295])

Bei der untergeordneten Bedeutung, welche der Gegenſtand für meine Zwecke hat, muß ich es mir verſagen, den obigen für die richtige Auffaſſung der römiſchen Magiſtratur höchſt fruchtbaren Geſichtspunkt ausführlicher zu verfolgen. Aber in einer Richtung möge man mir dies wenigſtens verſtatten.

Wer den eben geſchilderten Mechanismus in juriſtiſch prägnanter Weiſe ausdrücken wollte, durfte in Hinblick darauf, daß das durch die Abſtimmung des Volks herbeigeführte Reſultat der Wahl erſt durch die Renuntiation von Seiten des Vorſitzenden ſeinen formellen, bindenden Abſchluß erhielt, dieſen letzten Akt als den entſcheidenden bezeichnen und geradezu ſagen: der Vorſitzende creire den Magiſtrat. Dieſe in den Quellen nicht ſelten vorkommende Wendung hat die Anſicht hervorgerufen,[296]) als ob die Magiſtratur nicht in der Souveränität des Volks, ſondern in ſich ſelber gewurzelt habe, nicht durch den Willen des Volks vergeben und beſetzt worden ſei, ſondern ſich durch und aus ſich ſelber fortgepflanzt

---

294) z. B. die Tabula Malacitana c. 61 de patrono cooptando. Nachdem hier zuerſt die althergebrachte Form benutzt iſt (a, ne quis cooptato etc. b, qui . . cooptaverit, . . dare damnas esto) folgt der moderne Zuſatz: is, qui . . cooptatus erit, ne magis ob eam rem patronus municipum municipii Flavi Malacitani esto.

295) Sie betraf die Frage von der Gültigkeit der Amtshandlungen des Prätor Barbarius Philippus, von dem erſt hinterher bekannt geworden war, daß er ein entlaufener Sklave geweſen war. In der ſpäteren Kaiſerzeit iſt begreiflicherweiſe noch viel weniger ein Anknüpfen an die alte Theorie zu gewärtigen. S. den Titel des Codex Theod. XV. 14 de infirmandis his quae sub tyrannis aut barbaris gesta sunt.

296) Rubino Unterſuchungen über römiſche Verf. S. 13 fl.

habe, wonach das Wahlrecht des Volks ſich ſtaatsrechtlich auf ein bloßes Präſentations- oder Petitionsrecht reducirt haben würde. Man kann zugeſtehen, daß hie und da die Beamten factiſch ſich in dieſer Weiſe gerirten; — in der Zeit des Umſturzes ging dies ſogar ſoweit, daß zwei ohne allen vorhergegangenen Wahlakt ſich ſelber renuntiirten.[297] Allein dem Geiſt der Verfaſſung widerſprach das meiner Anſicht nach in eben dem Maße, als wenn heutigen Tags der Landesherr ein mit den Ständen vereinbartes Geſetz nicht verkünden wollte. Geſetz wird es erſt durch Verkündigung von ſeiner Seite, aber daraus folgt keineswegs, daß dieſelbe lediglich ſeinem Ermeſſen und Belieben anheimgeſtellt iſt — er iſt *verpflichtet*, ſie vorzunehmen. In derſelben Weiſe war der römiſche Magiſtrat verpflichtet, das Wahlergebniß, inſofern daſſelbe nicht rechtlich[298] zu bemängeln war, zu reſpectiren und zu verkünden. Daß er thatſächlich ſich dieſer Pflicht entziehen konnte, und daß es an Beiſpielen nicht fehlt, wo dies zum Heil des Staats geſchah, ſollte über ſeine Stellung nicht irre führen. Hatte doch auch der Augur es in der Hand, die wirklich beobachteten Auſpicien zu unterſchlagen, erlangte der Wille der Götter doch auch nur durch ſeine Nuntiation und nur in der Geſtalt, wie er ſie vorgenommen, ſeine bindende Kraft. Wie aber er gleichwohl nichts war als Organ und Verkünder des göttlichen Willens, ſo waren es auch die Beamten in Bezug auf den Willen des Volks — auch wenn ſie ſich thatſächlich zu *Herren* deſſelben machten, waren ſie doch ſtaatsrechtlich *Diener* deſſelben.

Das bisher entwickelte Syſtem erreichte ſeinen Culminationspunkt bei der Frage von der Gültigkeit der Geſetze. Das in gehöriger Form[299] verkündigte Geſetz iſt Geſetz, auch wenn es an noch ſo

297) Liv. epit. Lib. 80.

298) z. B. Liv. XXIV. 8. Val. Max. III. 8, 3. Der Umſtand, daß die Wahlgrundſätze zum Theil auf dem Uſus beruhten und an Unbeſtimmtheit litten (Liv. XXXIX. 39 u. a.), gab dem Widerſtand gewiß nicht ſelten den Schein formeller Berechtigung.

299) Dieſelbe muß jedenfalls in mündlicher Verkündigung der Annahme beſtanden haben.

vielen Fehlern leidet. Möge es alſo z. B. durch Zwang oder Gewalt durchgeſetzt,[300] möge es gegen die Auſpicien[301] oder mit Vernachläſſigung der üblichen Vorbereitungsformen[302] erlaſſen ſein — ſo lange der Senat nicht die Aufhebung deſſelben verfügt hat, iſt es für Jedermann verbindlich. Die Aufhebung erfolgte in derſelben Weiſe, wie die der fehlerhaften Wahl des Magiſtrats, d. h. das Geſetz ward nicht für *nichtig* erklärt, ſondern es ward *aufgehoben*,[303] m. a. W. dieſer Akt hatte keine rückwirkende Kraft, ſondern er wirkte erſt von jetzt an, alle Verfügungen, Maßregeln, Urtheile u. ſ. w., die auf Grund des Geſetzes getroffen und geſprochen waren, blieben demnach gültig; der Schuldige ward zur Verantwortung gezogen.

Von beſondrem Intereſſe iſt die Frage von der Gültigkeit der im *materiellen* Sinn verfaſſungswidrigen Geſetze d. h. derjenigen, durch welche ein Fundamentalgrundſatz der römiſchen Verfaſſung ſei es ſchlechthin aufgehoben, ſei es bloß im einzelnen Fall verletzt worden war. Dürfte man der Autorität des Cicero trauen, der aber gerade für die vorliegende Frage ein mehr als bedenklicher Gewährsmann iſt (ſ. u.), ſo würde ein ſolches Geſetz gar keine Kraft gehabt haben.[304] Wie ſehr eine ſolche Geſtaltung des Verhältniſſes, welche jeden Bürger zum Richter über die Verfaſſungsmäßigkeit der Geſetze machte, mit dem ganzen bisher geſchilderten Syſtem in Widerſpruch geſtanden, wie ſehr ſie alle

300) z. B. Livius epit. lib. 69. Cic. Phil. XIII. 3: per vim et contra auspicia latas decrevistis.

301) Cic. Phil. III. 5, 9. id. de harusp. resp. XXIII. 48 Augures interrogabat, quae ita lata essent, rectene lata essent. Illi *vitio* lata esse dicebant.

302) Lex Caecilia Didia über die promulgatio trinûm nundinûm. Cic. de domo XVI. 41 Decrevit senatus, M. Drusi legibus, quae contra legem Caeciliam et Didiam latae essent, populum non teneri.

303) Cic. de leg. II. 12, 31: legem, si non jure rogata est, *tollere*. Was „tollere" involvirt, wird jeder Juriſt wiſſen. S. auch die vorige Note: non teneri (d. h. von jetzt an) und *vitio* lata, Note 301.

304) Cic. pro Caec. 33. de republ. III. 22.

die Gefahren heraufbeſchworen haben würde, denen das alte Staatsrecht im übrigen in ſo planmäßiger und umſichtiger Weiſe zu begegnen bemüht war — darüber würde jedes Wort ein verlorenes ſein. Aber andererſeits gab es doch Geſetze und Einrichtungen, die durch das Fas und Jus den Charakter unverletzlicher, unantaſtbarer Normen erhalten hatten, ſo z. B. die mit der Plebs vereinbarten leges sacratae. Unſtreitig! Allein auch hier bewährt ſich wiederum der feine Sinn für die Correctheit der juriſtiſchen Form. Ein Geſetz, das ſich nicht aufheben läßt, ſelbſt wenn es noch ſo ſehr mit dem Stempel göttlicher Weihe verſehen iſt, iſt in den Augen der Römer ein Unding. Das ſpätere Geſetz hebt das frühere auf — das hatten ſchon die XII Tafeln beſtimmt.[305] Die beabſichtigte Unantaſtbarkeit des Geſetzes ward daher nicht in der Weiſe vermittelt, daß man ſeine Aufhebung für *unmöglich* erklärt hätte, ſondern daß man ſie bloß *verbot*,[306] und zwar mittelſt Androhung von Strafen,[307]

---

305) Liv. VII. 17, IX. 33, 34.

306) Cic. ad Att. III. 22 . . eam abrogari non *oporteat* und die Formel in Note 311. Dieſe Strafandrohung (die sanctio legis im prägnanten Sinn) war eine gewöhnliche Schlußclauſel aller Geſetze, Cicero daſelbſt: neque enim ulla est, quae non ipsa se saepiat difficultate abrogationis.

307) Unter den Begriff des „contra oder adversus *eas facere*“ (Cic. pro Balbo 14, Festus s. v. sacratae) fiel auch und zwar ganz vorzugsweiſe der Antrag auf *Aufhebung* des Geſetzes, ſ. die Formel in der Note 308: „*contra* alias leges ejus legis ergo (des neuen Geſetzes wegen d. h. um es durchzuſetzen) *factum* sit“. — Die Einrichtung wiederholt ſich auch anderwärts, ſo z. B. bei den Lokriern, wo Zaleukos verordnet hatte, daß jeder, der einen Geſetzvorſchlag ſtellte, den Hals in einer Schlinge haben und erdroſſelt werden ſollte, wenn der Vorſchlag durchfiel (Belege bei K. F. *Hermann*, Ueber Geſetz, Geſetzgebung und geſetzgebende Gewalt im griech. Alterthum. Göttingen 1849 S. 57) und in Florenz in Bezug auf die Aufhebung der gegen die Magnaten erlaſſenen „Ordnungen der Gerechtigkeit“, K. *Hegel*, Die Ordnungen der Gerechtigkeit in der Florentiniſchen Republik (Univerſitätsprogramm) Erlangen 1867 S. 20: „Der Podeſta oder Capitan, welcher eine derartige Berathung in der Rathsverſammlung, wo er den Vorſitz hat, geſtattet, ſoll des Amts entſetzt ſein und in Geldſtrafe verfallen; desgleichen werden die Räthe mit hohen Geldſtrafen bedroht.“

die sich bei den leges sacratae bis zur sacratio capitis et familiae steigerten. Die im Gesetz vorgesehene Strafe traf den, der einen Antrag auf Aufhebung desselben gestellt hatte, selbst dann, wenn das Volk seinen Antrag angenommen hatte, denn die Einbringung desselben fiel noch unter die Herrschaft des alten Gesetzes, das neue wirkte erst von dem Moment, wo es erlassen war. Um sich gegen diese Gefahr zu sichern, fügte der Antragsteller dem Gesetzentwurf eine Clausel hinzu, durch die ihm Strafloſigkeit zugesichert ward.[308] Aber dies Mittel war kein völlig sicheres. Lehnte das Volk den Antrag ab, so war damit auch die Indemnitätsclausel verworfen, und die erste neue Lebensäußerung des leichtfertig angetasteten Gesetzes bestand in der Strafe, mit der es das Attentat auf sich an dem Schuldigen rächte. So war es also nichts weniger als ein gefahrloſes Unternehmen, an den bestehenden Gesetzen und Einrichtungen zu rütteln; wenigstens wer seiner Sache nicht völlig sicher war — und wie vielerlei konnte den Erfolg in Frage stellen: die Stimmung des Volks, das Getreibe der Partheien, Wankelmuth eines einflußreichen Beamten, Chikane oder Bestechung der Augurn u. s. w. —, kurz wer nicht auf alle die vielen Voraussetzungen zählen konnte, von deren Eintritt die definitive Annahme seines Gesetzentwurfes abhing, der spielte ein gewagtes Spiel, ein Spiel, das ihn möglicherweise um Leib und Leben und sein ganzes Vermögen bringen konnte. Es war die Ministerverantwortlichkeit des römischen Alterthums,[309] der Schutz gegen Verfassungsveränderungen. Daß die Aufhebung der Gesetze, wenn die Zeit dazu gekommen war, nicht ausgeschlossen war, bedarf nicht der Bemerkung.[310] Eine andere Clausel zu demselben Zweck war die, daß

308) Caput tralatitium de impunitate, si quid contra alias leges ejus legis ergo factum sit. Cic. ad Att. III. 22. Die Wirksamkeit der Formel beschränkte sich übrigens nicht bloß auf diese Voraussetzung, s. B. die sanctio der lex de imperio Vespasiani.

309) Bekanntlich konnten die Gesetzvorschläge nur von den Innehabern der höchsten Staatsämter gestellt werden. Mit der römischen Ministerverantwortlichkeit hatte es übrigens etwas mehr auf sich, als mit der heutigen.

310) Cicero l. c. Sed vides nunquam esse observatas sanctiones

der Antrag nur inſoweit geſtellt ſein ſolle, als dies geſetzlich erlaubt ſei — eine Clauſel, die Sinn hatte, wo es zweifelhaft, nicht aber, wo es klar war, daß der Antrag gegen die Strafſanction eines früheren Geſetzes verſtieß.[311])

Ueberſchaut man die bisher von mir angeführten Fälle, ſo wird Jeder mein obiges Urtheil, daß wir es hier mit einem wohldurchdachten, ausgebildeten Syſtem zu thun haben, gerechtfertigt finden, und man wird es mir gern erſparen, daſſelbe noch weiter in ſeine Einzelheiten zu verfolgen.[312]) Der Grundgedanke deſſelben beſteht darin, daß die Erforderniſſe der öffentlichen Akte und Maßregeln in zwei Claſſen gebracht werden.[313]) Die der einen Claſſe bilden die conſtitutiven Momente des Akts; ſoweit ich beurtheilen kann, ſind ſie lediglich formeller Art, die Vornahme des Akts muß von Seiten der competenten Behörde und in der dafür vorgeſchriebenen Form erfolgt ſein. Alle Erforderniſſe, die das Sachliche

---

earum legum, quae abrogarentur (iſt wohl zu emendiren: abrogari vetentur?).

311) Nach Cicero a. a. O. wäre ſie zuerſt in dem von ihm berichteten Geſetzentwurf vorgekommen; er widerlegt ſich jedoch ſelber in pro Caecina c. 33: adscripsisse Sullam in eandem legem: si quid jus non esset rogari, ejus ea lege nihilum rogatum. An der andern Stelle theilt er die vollſtändige Formel mit: Si quid in hac rogatione scriptum est, quod per leges plebisvescita promulgare, abrogare, derogare, obrogare sine fraude sua non liceat, non licuerit, quodve ei qui promulgarit etc. ob eam rem poenae multaeve sit, E. H. L. N. R. (ejus hac lege nihil rogatur). Bei Val. Prob. de notis ant. §. 3 kommt eine etwas andere Faſſung vor: si quid sacri sancti est, quod non jure sit rogatum, ejus hac lege nihil rogatur, ſ. auch Cic. pro Balbo 14.

312) z. B. in Bezug auf die Gültigkeit der Senatsbeſchlüſſe, ſ. z. B. Gellius XIV. 7 §. 7, 8.

313) Zur allgemeinen Bezeichnung dieſes Gegenſatzes dienen die Ausdrücke: necesse est auf der einen und oportet, opus, fas est oder non est auf der andern Seite, ſ. z. B. Macrob. Sat. I. 16 §. 25: praefari necesse est, quos nominari atro die non oportet. Varro de L. L. VI. 30 nefas fari . . necesse enim aliquo eorum uti verbo. Cic. ad fam. I. 9 §. 25: legem curiatam consuli ferri opus esse, necesse non esse.

des Akts betreffen, sind der zweiten Classe zugewiesen, d. h. sie tragen die schwächere Form von Geboten, Verboten, kurz von Vorschriften an sich, die lediglich an den gerichtet sind, der den Akt vornimmt. Die Garantie ihrer Beobachtung beruht auf seiner Pflichttreue, seinem Amtseid, der angedrohten Strafe; setzt er sich darüber hinweg, so ist der Akt an sich gültig. Die Garantie für die Erfordernisse der ersten Classe beruht auf der Nichtigkeit des Akts. Sie sind solcher Art, daß Jeder sie beurtheilen kann, man hört, man sieht sie; Zweifel sind nicht möglich, die Anordnung der Nichtigkeit hat hier nicht den geringsten Anstand. Ein Wahlcandidat, der von allen Centurien gewählt, aber nicht renuntiirt war, galt nicht als Magistrat, dagegen mochten, wenn die Renuntiation gefolgt war, alle gedenkbaren Verstöße gegen das geistliche und weltliche Recht bei seiner Wahl zusammengetroffen sein — er war und blieb Magistrat, bis er auf Befehl des Senats sich dieser seiner Würde begeben hatte.

Wer von der im Bisherigen gewonnenen Grundlage des positiven römischen Staatsrechts aus die Deduction von Cicero, die den Ausgangspunkt unserer Untersuchung gebildet hat (S. 221), einer Beurtheilung unterziehen will, wird darüber kaum ein anderes Urtheil fällen können, als daß sie eine Kette von lauter Unrichtigkeiten enthält, sich nicht darüber wundern können, daß sie, wie er selber die Naivität hat einzugestehen,[314]) vor den Augen der im Staatsrecht besser unterrichteten im Uebrigen ganz mit ihm sympathisirenden Autoritäten (z. B. auch Cato, Note 288) keine Gnade fand. Mochten die Pontifices bei der Arrogation des Clodius immerhin alle Regeln ihres Rechts außer Acht gelassen haben, daraus folgte im Mindesten nicht der Schluß, den Cicero zieht, daß sie nichtig war;[315]) die Beobachtung jener Regeln war Sache der Pflichterfüllung der Pontifices. Mochten an jenem Tage Himmelsbeobachtungen angestellt sein die lex curiata über die Adop-

314) Cic. de domo c. 16, 42.

315) Cic. de domo 14, 38 . . contra omne pontificium jus factam pro nihilo esse habendam.

tion ward dadurch vitiös, aber nicht nichtig. Mochte endlich Clodius ebenfalls in vitiöſer Weiſe Plebejer und Volkstribun geworden ſein, die Akte, die er in der letzteren Eigenſchaft vorgenommen hatte, waren und blieben gültig.

Werfen wir jetzt einen Blick zurück auf den Gedanken der analytiſchen Vereinfachung des Thatbeſtandes, ſo wird es nicht überflüſſig ſein darauf aufmerkſam zu machen, daß das bisher geſchilderte politiſche Syſtem nur eine Anwendung dieſes Gedankens enthielt. Derſelbe Mechanismus, den das Privatrecht bei der mancipatio, in jure cessio und den abſtracten Obligationen zur Anwendung brachte, wiederholte ſich beim Geſetz, bei der Wahl der Magiſtrate und bei allen Amtsverrichtungen der politiſchen und geiſtlichen Gewalten: der Geſammtbeſtand des Verhältniſſes ſpaltet ſich in zwei Theile, *ein* Theil bleibt zurück als abſolut weſentlich, als *Thatbeſtand* — er beſchränkt ſich bei jenen politiſchen Akten, ſo zu ſagen, auf die abſtracte That, auf das nackte Wort, die einfache Verkündigung — der andere aber ſcheidet aus und nimmt die Form der *Verpflichtung* an, im Privatrecht die der *Obligation*, im Staatsrecht die einer durch Geſetz, Gewohnheitsrecht und religiöſe Satzung normirten *Amtspflicht* und wird damit des nachtheiligen Einfluſſes auf das Verhältniß ſelber beraubt. Was die mangelhafte oder fehlende causa bei dem Eigenthum und der abſtracten Obligation, das iſt das Vitium bei den öffentlich rechtlichen Verhältniſſen. Die Condictionen wegen mangelhafter causa repräſentiren für das Privatrecht dieſelbe Erſcheinung, wie die Reſciſſion der Geſetze, Wahlen und Handlungen der Magiſtrate durch den Senat für das öffentliche Recht; indem das Geſetz die Befugniß zur Anfechtung auf eine *beſtimmte* Perſon beſchränkt, ſchützt es das Verhältniß gegen die Gefahr, bei jedem Verſuch ſeiner Lebensäußerung von Jedermann in Frage geſtellt und gelähmt zu werden — kurz das Verhältniß verdankt ſeine Geſundheit und Kraft der *Ausſcheidung des Krankheitſtoffes*: des Cauſalmoments und des Vitiums.

II. Die juriſtiſche Oekonomie.

1. Beſtreitung der Bedürfniſſe auf einfachem Wege.

Das Geſetz der Sparſamkeit. — Die Kunſt ſich zu behelfen. — Der einfache und künſtliche Weg. — Exemplification des erſtern an einer Reihe von Beiſpielen.

LVI. Das Geſetz der logiſchen Sparſamkeit iſt eins der Fundamentalgeſetze der juriſtiſchen Technik (II. 315), gleichmäßig geltend für alle Epochen der Jurisprudenz, nur die Art und die Formen, in denen es zur Anwendung gelangt, wechſeln mit der Bildungsſtufe der Jurisprudenz. In anderer Weiſe handhabt der Meiſter, in anderer der Anfänger die Regeln der Kunſt, jener mit der Freiheit, welche die Frucht der Sicherheit, dieſer mit der Unfreiheit, welche die Begleiterin der Unſicherheit iſt; der Weg zur Freiheit in der Kunſt geht durch die Schule d. h. durch eine Periode ſklaviſcher Unterordnuug unter die Regel hindurch (S. 8, 9). Davon haben wir im Bisherigen in dem Abſchnitt über die Analyſe reichliche Gelegenheit gehabt uns zu überzeugen, einen neuen Beitrag wird uns die folgende Ausführung geben.

Dieſelbe hat zum Gegenſtand den Nachweis, wie das obige Geſetz der Sparſamkeit von der alten Jurisprudenz verſtanden und gehandhabt iſt. Daſſelbe lautet: was die Jurisprudenz mit den gegebenen Mitteln und Begriffen zu Wege bringen kann, dafür ſoll ſie keine neuen ſchaffen. In unſerer heutigen Wiſſenſchaft vollzieht ſich dieſe Regel in einer ſo wenig auffälligen, kaum ſichtbaren Weiſe, ſo ſehr auf rein negativem Wege durch bloße Unterlaſſung

der Uebertretung, daß man ſich ihrer Wahrnehmung leicht verſchließen kann. Ein Blick auf die altrömiſche Jurisprudenz dagegen muß das Daſein und die hohe Bedeutung derſelben ſofort zum Bewußtſein bringen. Denn die Anſtrengungen, die letztere macht, um dieſe Regel zu befolgen, ſind ſo gewaltſam, die Mittel, die ſie anwendet, ſo künſtlich und verzwickt, die Wege, die ſie einſchlägt, ſo gewunden und weitläufig, daß Niemand, der überhaupt das Bedürfniß fühlt, ſich über die äußern Erſcheinungen Rechenſchaft zu geben, unaufmerkſam an ihnen vorübergehen kann, ſie leiten ihn mit Nothwendigkeit auf die richtige Spur.

Die Erſcheinungen, die durch dies Beſtreben, die vorhandenen Mittel bis zum äußerſten Grad ihrer Verwendbarkeit auszunutzen, hervorgerufen ſind, faſſe ich zuſammen unter den Geſichtspunkt der *juriſtiſchen Oekonomie* oder der Kunſt ſich in geſchickter Weiſe mit dem Gegebenen zu behelfen.

Die Kunſt ſich zu behelfen iſt das Erbtheil der Armen, im Haushalt des Reichen gedeiht ſie nicht. Unſere heutige Wiſſenſchaft genügt dem Geſetz der Sparſamkeit ſchon, indem ſie nicht *verſchwendet*, d.h. nichts Ueberflüſſiges poſtulirt, Nichts, was ſie auf andere Weiſe auf dem Wege der Combination und Deduction gewinnen kann, ſie hat aber nicht nöthig, ſich etwas *Nothwendiges* zu verſagen. Wenn alſo das Leben ihr neue Verhältniſſe zuführt, wie z. B. die Inhaberpapiere, die Auslobungen, die ſie mit den bisherigen römiſch-rechtlichen Begriffen nicht genügend conſtruiren kann, ſo braucht ſie kein Bedenken zu tragen, die zu dem Zweck nöthigen Begriffe aufzuſtellen. Denn die gereifte Wiſſenſchaft ſoll und darf ſich des Neuen in ſeiner wahren, ureigenen Geſtalt bemächtigen, und dazu muß ſie die Kraft beſitzen; für ſie haben daher jene Nothbehelfe, mittelſt deren die Jurisprudenz der Kindheitszeit dieſer Aufgabe auswich, eben ſo wenig einen Werth mehr, als die unvollkommenen Geräthſchaften und Werkzeuge der Vorzeit für unſere heutige Zeit der entwickelten Technik und Induſtrie.

Für die unausgewachſene Jurisprudenz dagegen ſind dieſe Noth-

behelfe eine durch ihre Entwicklungsſtufe gegebene Nothwendigkeit, die ſich ebendarum auch überall bei ihr wiederholen, ſo z. B. in beſonders ausgeprägter Geſtalt im engliſchen Recht. Für ſie iſt die Kunſt ſich mit wenigem zu behelfen eine Lebensfrage; unter der Ueberfülle des Materials würde ſie zu Grunde gehen. Die Herrſchaft über den Stoff kann ſie ſich nur dadurch ſichern, daß ſie die Ordnung, in die ſie ihn einmal gebracht hat, ängſtlich hütet, und an Grundlagen und Formen, auf denen dieſe Ordnung beruht, nicht leichtſinnig rüttelt. Ein neuer Gedanke, der Aufnahme begehrt, iſt ihr daher nicht ein willkommener Gaſt, wie er es der wiſſenſchaftlich gereiften Jurisprudenz ſein ſollte, wenn auch nichts weniger als immer iſt, ſie erblickt in ihm nicht eine werthvolle Erweiterung des Wiſſens, ſondern einen unbequemen Eindringling, der den Beſtand der bisherigen Ordnung in Frage ſtellt. Gezwungen ihn zuzulaſſen, thut ſie dies in einer Weiſe, die dieſen Beſtand möglichſt wenig alterirt, ſie bereitet ihm, wenn ich ſo ſagen darf, kein beſonderes Bett, wo er ſich frei ſtrecken, ausdehnen, rühren kann, ſondern ſie bringt ihn unter, wo es eben geht, ſie bettet ihn bei einem andern bereits recipirten Begriff, dem er ſich fügen, anſchmiegen und unterordnen muß.

Dies Beſtreben, die neuen Gedanken oder ſagen wir beſſer: die neuen Zwecke und Bedürfniſſe, die der Fortſchritt der Bildung und die Entwicklung des Verkehrs mit ſich bringen, möglichſt mit den gegebenen Mitteln zu beſtreiten, führte nothwendigerweiſe in manchen Fällen zu einer höchſt gewaltſamen Spannung, um nicht zu ſagen: Verrenkung des vorhandenen Rechts. Das ſchlagendſte Beiſpiel dafür liefert das testamentum per aes et libram, bei dem die mancipatio in ihrer urſprünglichen Geſtalt faſt bis zur Unkenntlichkeit entſtellt iſt — es giebt kaum größere Gegenſätze im ganzen Recht, als den Begriff des Kaufs und der Eigenthumsübertragung auf der einen und den des Teſtaments und der Univerſalſucceſſion auf der andern Seite.

Nicht immer aber bedurfte es für den angegebenen Zweck ſo künſtlicher Mittel, nicht ſelten reichten auch ganz einfache aus.

Der römiſche Scharfſinn war in Entdeckung derſelben ungemein erfinderiſch und hat in dieſer Richtung Probeſtücke zu Tage gefördert, die durch ihre Feinheit und geniale Einfachheit überraſchen — glückliche Würfe des juriſtiſchen Genies, die uns heutzutage noch als Muſter dienen können.

Für das richtige Verſtändniß des ältern Rechts iſt die Kenntniß der juriſtiſchen Oekonomie von nicht geringerer Erheblichkeit, als die der juriſtiſchen Analyſe. An der Bildung und Geſtaltung der juriſtiſchen Seite des ältern Rechts haben beide den gleichen Antheil. Dagegen liegt allerdings der geiſtige Höhepunkt, zu dem ſich die juriſtiſche Kunſt in dieſem zweiten Zweige erhebt, tiefer, als bei dem erſten. Nicht etwa, als ob ſie hier hinter ihrer Aufgabe zurückgeblieben wäre; aber die Aufgabe ſelber verſtattete ihr nicht denſelben Spielraum zur Entfaltung geiſtiger Kraft, nicht jene Verſenkung in das Feinſte und das Tiefſte der Begriffswelt, zu der das Problem der Zerſetzung Anlaß bot. Die Leiſtungen, die ſie hier aufzuweiſen hat, beſtehen mehr in Löſung von *Aufgaben*, als in Löſung *einer* Aufgabe. Von der Analyſe waren wir im Stande eine *Theorie* zu entwerfen d. h. ein Syſtem von *Regeln* aufzuſtellen, die in einem oberſten Geſichtspunkt ihren letzten Grund hatten und unter ſich in engſter Wechſelwirkung ſtanden. Das iſt uns bei der juriſtiſchen Oekonomie nicht möglich. Für die logiſche Durchbildung eines Princips, die Dialektik eines und deſſelben Gedankens, der von Regel zu Regel fortſchreitend das ganze Recht umſpannt und beherrſcht, bot ſie keinen Raum. Unſere Darſtellung nimmt dadurch einen weſentlich andern Charakter an, ſie hat ſich zu beſcheiden, eine Reihe von Fällen und Verhältniſſen namhaft zu machen, an denen unſer obiger Geſichtspunkt wahrnehmbar wird. Ich werde ſo viel Material heranziehen als nöthig iſt, um auch dem minder Kundigen ein anſchauliches Bild jener Methode zu gewähren und ihn damit in Stand zu ſetzen, die Anwendung auf andere Fälle ſelber zu machen. Dabei werde ich mich derſelben Freiheit bedienen, wie bei früheren Gelegenheiten, indem ich meine Beiſpiele nicht bloß dem ältern, ſondern auch dem neuern

Recht entlehne, weil es in meinen Augen nicht darauf ankommt, ob gerade alles Einzelne, sondern ob das Princip oder der Gesichtspunkt, zu dessen Illustration dasselbe dienen soll, der ältern Periode angehört. Daß aber der hier zu schildernde Zweig der juristischen Kunst in diesem Sinne dem alten Recht zuzuweisen ist, darüber wird der Verfolg der Darstellung hoffentlich keinen Zweifel übrig lassen.

Nur ein einziger Gegensatz hat sich mir dargeboten, um die Masse des Materials wenigstens in zwei größere Gruppen zu scheiden. Es ist der oben angedeutete der Einfachheit oder Künstlichkeit der aufgebotenen Mittel. Aber auch er hat nur einen relativen Werth, indem der Maßstab darüber: was künstlich, was einfach sei, ein ziemlich schwankender ist, ein Uebelstand, der übrigens hier, wo es sich nicht um begriffliche Scheidung, sondern lediglich um Gruppirung des Stoffs handelt, gar nicht ins Gewicht fällt. Einfach nenne ich diejenige Art der Verwendung von Rechtssätzen oder Rechtsinstituten, welche dieselben einem Zwecke dienstbar macht, für den sie zwar ihrer Intention nach nicht bestimmt sind, der ihnen aber doch nicht widerstrebt. Künstlich nenne ich diejenige, bei der Rechtssätze und Rechtsinstitute Dienste leisten sollen, die über ihr natürliches Leistungsvermögen, ihren eigentlichen Sinn und Zweck hinausgehen, wo ihnen also zu dem Behuf Gewalt angethan werden muß. Die fiduciarische Eigenthumsübertragung an den Stellvertreter (s. unten Note 327) als Surrogat der dem ältern Recht fehlenden directen Stellvertretung war ein einfaches Mittel, denn dem Begriff der Eigenthumsübertragung geschah, indem er einem solchen Zweck dienen mußte, keine Gewalt; ebenso die Verwandlung der Consensual- oder Realcontracte in Stipulationen, um dadurch auf erstere die Acceptilation anwendbar zu machen. Die Verwendung der Ehe dagegen lediglich zu dem Zweck, der Frau andere Tutoren oder die Befreiung von den sacris zu verschaffen (§ 58), war ein künstliches Mittel, denn eine derartige Verwendung der Ehe widerstritt dem innersten Wesen derselben, sie ward dadurch zum reinen Scheinakt herab-

gewürdigt. Dieſe letztere Art der Benutzung: die *Spannung*, Vergewaltigung der Begriffe, Formen u. ſ. w. des Rechts ſetzte ſtets eine *Connivenz* in der rechtlichen Beurtheilung voraus, wie dies die nähere Betrachtung dieſer Mittel (§. 58) des Weitern nachweiſen wird.

Ich wende mich der erſten Gruppe von Mitteln zu. Im Intereſſe ihres wahren Verſtändniſſes halte ich es für förderlich, den Zweck, ſoweit dies möglich, mit heutigen Namen zu bezeichnen, um ihn dadurch unſerer heutigen Anſchauungsweiſe näher zu rücken. Wir ſtellen vom Standpunkt des heutigen Rechts und Lebens uns die Aufgabe, ein altrömiſcher Juriſt ſoll uns vom Standpunkt ſeines Rechts und ſeiner Technik aus die Antwort ertheilen.

1. *Teſtamentsexecutoren.*

Der Zweck dieſes modernen Inſtituts iſt bekanntlich ein doppelter: *einmal* dem Erben die mit der Regulirung des Nachlaßweſens verbundenen Mühen und Laſten abzunehmen — eine Erleichterung, die für den altrömiſchen Verkehr bei der principiellen Ausſchließung der Stellvertretung beſonders werthvoll geweſen wäre — und ſodann die liberale und glatte Ausführung der teſtamentariſchen Anordnungen dadurch zu ſichern, daß ſie aus den Händen des *intereſſirten* Erben in die einer *unintereſſirten* Perſon gelegt wird. Gab das altrömiſche Recht ein Mittel für dieſen Zweck an die Hand? Ein altrömiſcher Juriſt würde geantwortet haben: ſetze denjenigen, den Du als Teſtamentsexecutor haben möchteſt, etwa einen Freund, auf den Du Dich völlig verlaſſen kannſt, zum alleinigen Erben ein — dadurch erlangt er die Befugniß und die Pflicht, alles allein zu beſorgen — alle letztwilligen Zuwendungen aber, um die es Dir zu thun iſt, bringe in die Form von Legaten; wenn Du es für nöthig hältſt, laß Deinem Freunde ſo viel von der Erbſchaft, daß er etwas für ſeine Mühe hat. Letzteres geſchieht am zweckmäßigſten in Form des

legatum partitionis,[316] wobei Du sicher bist, daß, wie immerhin auch Dein Vermögen vor Deinem Tode sich vermehre oder vermindere, das diesem Erben zugedachte Aequivalent für seine Mühwaltung sich entsprechend verändert. Die Wirksamkeit dieses Mittels beruhte freilich ganz auf der Zuverlässigkeit der gewählten Mittelsperson; ein Mißgriff in der Wahl derselben beschwor ganz dieselbe Gefahr herauf, der man durch Benutzung dieses Mittels entgehen wollte: die Gefährdung der Legatare durch Habgier des Erben. Und als die lex Furia das Maß der Legate auf 1000 As herabgesetzt und die Annahme höherer Legate sogar zu einer höchst gefährlichen Sache gemacht hatte (S. 113), war es um die Brauchbarkeit jenes Mittels völlig geschehen. Wie jetzt helfen? Die Antwort unseres Juristen lautet: entweder durch Einsetzung des Freundes unter der Bedingung, daß er den Nettobetrag der Erbschaft an die genannten Personen in den und den Beträgen entrichtet haben würde, oder durch Anordnung eines Universal-Fideicommisses, dessen Wirksamkeit ursprünglich freilich ganz von der Treue und Ehrlichkeit des gewählten Fiduciars abhing. Aus dem Bisherigen wird klar, was die Römer zu dem scheinbaren Widerspruch veranlassen konnte, dem Erben mit der einen Hand etwas zuzuwenden und es ihm mit der andern völlig wiederum zu entziehen. Die Absicht war gar nicht darauf gerichtet, ihm effectiv die Erbschaft, sondern lediglich darauf, ihm die Stellung eines Rechtsträgers[317] einzuräumen. Sollten diese Mittel bei Kindern in der Gewalt angewandt werden, was namentlich im Fall ihrer Unmündigkeit ganz

316) Ulp. XXIV. 25. Die obige Ansicht geht von der Voraussetzung aus, daß die Anordnung der Theile dem Erblasser völlig freigestanden habe. Ulpian nimmt als Beispiel die dimidia pars und fügt dann hinzu: potest autem et alia pars velut tertia vel quarta legari. Ist es Zufall, daß er keine Theile über die Hälfte nennt?

317) S. oben S. 218 und die Theorie der Rechte. Dem entsprechend heißt es in L. 46 i. f. ad SC. Trebell. (36. 1) von einer solchen Verfügung: tutelam heredi fiduciario permisisse videtur. Hat der Rechtsträger selber gar keinen Vortheil von der Zuwendung, so haftet er nur für culpa lata, L. 108 §. 12 de leg. I. (30).

angemessen sein konnte, so bedurfte es zu diesem Zweck erst noch einer Exheredation derselben, — eine Anwendung der Exheredation, die den Unkundigen leicht irre führen kann. Allein so wenig wie die obige Erbeseinsetzung den Zweck der effectiven Zuwendung des Nachlasses, so wenig hatte diese Enterbung den der effectiven Entziehung desselben, sie war weit entfernt ein Akt der Lieblosigkeit zu sein, umgekehrt eine durch die umsichtigste, wohlwollendste Fürsorge dictirte Maßregel. [318])

2. Uebertragbarkeit des testamentarischen Erbrechts.

Der Testator wünscht den Erben in die Lage zu versetzen, daß er je nach Gutbefinden die Erbschaft auf einen Andern übertragen oder sie selber antreten kann; wie hat er es anzufangen?

Nicht in der Weise, daß er dies direct verfügt, eine solche Uebertragung war zwar bei der hereditas legitima, nicht aber bei der testamentarischen Erbschaft zulässig. [319]) Vielmehr in der Weise, daß er einen dem intendirten Erben gehörigen Sklaven oder, da dieser sterben kann, der Sicherheit wegen sämmtliche Sklaven desselben sei es neben sei es hintereinander zu Erben einsetzt. Nach seinem Tode hat dann der Eigenthümer des Sklaven die Wahl, ob er die Erbschaft durch letztern antreten lassen oder das Antretungsrecht mittelst Mancipation des Sklaven auf einen Andern übertragen will; will er letzteren zurückhaben, so fügt er einen darauf gerichteten Fiduciarvertrag hinzu. [320]) Auf diese Weise erhält er den

318) L. 18 de lib. exh. (28. 2). . ut eis consulant ut puta impuberibus. Daß die sacra gleichwohl auf die Kinder übergingen, dafür hatten die Pontifices gesorgt. Cic. de leg. II. 20, 21.

319) Ulp. XIX. 14. Der Grund dieser Verschiedenheit mag darin liegen, daß dem Testator, wenn er dem Erben die obige Befugniß einräumen wollte, der im Text bezeichnete Weg offen stand, die Nichteinschlagung desselben mithin in den meisten Fällen als Beweis der entgegengesetzten Absicht gelten konnte.

320) L. 6 §. 5 quae in fr. cred. (42. 8) Gai. II. 189. L. 58 Sol. matr. (24. 3) . . . reddendus est . . . servus . . . ea conditione, ut, cum jussu

Nettowerth der Erbſchaft, der Käufer aber berechnet ſich die Proviſion für ſeine Mühwaltung implicite im Kaufpreis.[321])

3. Erſtreckung des Erbrechts auf die Erben des Eingeſetzten.

Wenn der Eingeſetzte den Anfall der Erbſchaft nicht erlebt, ſo iſt dieſelbe für ſeine Erben verloren. Nun kann es aber der Wille des Teſtators ſein, dieſen Verluſt abzuwenden. Wie iſt dies zu erreichen? Auf directem Wege ebenfalls nicht. Der Teſtator kann allerdings dem Eingeſetzten andere Perſonen ſubſtituiren, alſo auch deſſen jetzige nächſte Inteſtaterben, allein die jetzigen ſind nicht immer auch die zukünftigen, eine Subſtitution der „zukünftigen Erben deſſelben" aber als zur Zeit noch ungewiſſer Perſonen (personae incertae) iſt unſtatthaft. Die Antwort auf die obige Frage wird der Leſer ſich nunmehr ſelber geben. Der Teſtator ſetzt wiederum die Sklaven der beabſichtigten Perſon zu Erben ein; wenn letztere ſtirbt, ſo geht mit ihrer Erbſchaft auch des Eigenthum der Sklaven und damit die ſeinige auf diejenigen Perſonen über, die zu jener berufen ſind.[321a])

---

ejus adierit, rursum marito retradatur. L. 1 §. 14 de succ. ed. (38. 9). Vermöge dieſes Mittels konnte die Erbſchaft als Speculationsobject von einer Hand in die andere wandeln, L. 2 §. 9 de B. P. (37. 11) . . si per multos dominos transierit servus . . . novissimo dabimus B. P.

321) Die obige Erklärung des praktiſchen Zwecks der Einſetzung der Sklaven, die ich bei Frühern nicht gefunden (ſelbſt nicht in der ausführlichen Darſtellung von Mühlenbruch in Glücks Pandekten B. 39 S. 211—229) iſt von mir bereits früher in meinen Jahrbüchern für die Dogmatik u. ſ. w. B. 1 S. 49 Note (1856) und damit gleichzeitig von Köppen die Erbſchaft, S. 93 Note 7 (1856) aufgeſtellt worden.

321a) Für das Legat beſtand das obige Hinderniß nicht, denn daſſelbe ging, inſofern nur der Legatar den Tag des Anfalls erlebte, auf deſſen Erben über. Wollte der Teſtator den Anfall des Legats ſelbſt von dem Tode des Legatars vor dieſem Zeitpunkt unabhängig machen, ſo vermachte er es alternativ ihm oder einem ſeiner Sklaven; wollte er, das es nicht in ſeine Hände komme, ſondern erſt ſeinen Erben ausgezahlt wurde, ſo lautete die Formel: heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato, L. 79 pr. de cond. (35. 1).

4. Verſprechen an unbeſtimmte Perſonen.

Nach römiſchem Recht iſt ein Verſprechen an eine unbeſtimmte Perſon (z. B. das der Reſtitution des Vermögens des arrogirten Unmündigen an ſeine „demnächſtigen" Erben, oder einer Prämie an „den, der die Sache wiederbringt") ebenſo wenig zu Recht beſtändig, als die Erbeinſetzung unbeſtimmter Perſonen, gleichwohl bot aber das römiſche Leben zur Leiſtung derartiger Verſprechungen manche Veranlaſſung dar.[322] Das erſte der beiden ſo eben erwähnten Beiſpiele belehrt uns darüber, wie man ſich hier half, ohne einen der oberſten Grundſätze des Obligationenrechts darüber zu verläugnen. Wer einen Unmündigen arrogiren will, ſoll ſich verpflichten, das Vermögen deſſelben für den Fall, daß er während der Unmündigkeit ſterben ſollte, deſſen „demnächſtigen Inteſtaterben" herauszugeben. Aber wem leiſtet er das Verſprechen? Man weiß ja noch nicht, welche von ſeinen jetzigen Verwandten demnächſt die nächſtberechtigten ſein werden, möglicherweiſe können ſie auch durch ſpäter erſt Geborne ausgeſchloſſen werden. Was iſt hier zu machen? Der Arrogator leiſtet das Verſprechen dem servus publicus d. i. der Commune, alſo einer bereits jetzt genau beſtimmten Perſon.[323] Bei Eintritt der Bedingung cedirt letztere

322) Außer dem Fall im Text namentlich bei der Auslobung, die auch in Rom in ihrer thatſächlichen Geſtalt bekannt war, ſ. z. B. Petron. Sat. c. 97, Apulej. Met. VI. (ed. Bip. p. 123).

323) L. 18, 19 de adopt. (1. 7), L. 2 Cod. ibid. (8. 48), im juſtinianeiſchen Recht (ſeitdem durch L. 3 Cod. de tabul. 10. 69 die Anſtellung der Sklaven im öffentlichen Dienſt unterſagt war) der persona publica d. i. dem Magiſtrat oder Notar §. 3 I. ibid. (1. 11) cf. L. 32 Cod. de episc. (1. 3) Schrader ad §. 3 I. cit. Daran knüpfte die Doctrin des Mittelalters die Benutzung des Notars für ähnliche Zwecke einer Ableiſtung eines Verſprechens zu Gunſten künftiger Perſonen an. Buchka Stellvertretung bei Verträgen S. 125, 133, 138, 140, 145 und anderwärts. Bei dem Verſprechen, welches der curator furiosi wegen der demſelben ertheilten Bon. Poss. zu leiſten hatte, erhob ſich dieſelbe Schwierigkeit — wem ſollte es geleiſtet werden? Wahrſcheinlich bediente man ſich hier deſſelben Umweges, arg. L. 7 §. 4 Cod. de cur. fur. (5. 70) . . multas ambages und §. 11 cautione vel satisdatione, quae antiquitus fuerat introducta.

ihre Klage den betreffenden Perſonen oder ſtellt ſie ſelber an und gibt das Empfangene heraus.[324])

Einen ähnlichen Weg ſchlug man in ſolchen Verhältniſſen ein, wo zwar die Perſonen ſelber beſtimmt, die Zahl derſelben aber zu groß war, um in der Perſon jedes Einzelnen das Forderungsverhältniß zu begründen.[325])

5. Stellvertretung.

Das Bedürfniß, ſich bei rechtlichen Handlungen durch Andere vertreten zu laſſen, iſt von einem einigermaßen entwickelten Verkehr gar nicht zu trennen. Wenn gleichwohl das römiſche Recht ſich, wie es ſcheint, erſt verhältnißmäßig ſpät zu den Formen erhoben hat, in denen dies Bedürfniß in der klaſſiſchen Zeit befriedigt erſcheint, ſo hat dies nur darin ſeinen Grund, daß es ſich bereits von Altersher in Beſitz zweier Formen befand, die ſich auch noch im neuern Recht erhalten haben. Die eine war die Benutzung der hausunterthänigen Perſonen für den angegebenen Zweck, ſie ſtützte ſich auf den Satz, daß alles, was dieſe Perſonen erwerben, dem Gewaltinhaber zufällt. Vor allem waren es die Sklaven, deren man ſich zu dem Ende in ausgedehnteſter Weiſe bediente, und dieſer ihr juriſtiſcher Beruf gehört weſentlich mit zur vollſtändigen Charakteriſtik der Stellung, die ſie in der römiſchen Welt einnahmen. In welchem Maße die Römer ſich daran gewöhnt hatten, in ihnen bloße Inſtrumente zum Abſchluß von Rechtsgeſchäften zu erblicken, geht ſchlagend daraus hervor, daß die Juriſten in dem Fall, wo der Abſchluß der cautio rem pupilli salvam fore zwiſchen Tutor und Mündel durch das Kindheitsalter des letztern ausgeſchloſſen war, dem Tutor das Mittel an die Hand geben, demſelben einen

---

324) Ohne Zuſtimmung jener Perſonen durfte dem servus publicus nicht geleiſtet werden. L. 19 de comp. (16. 2).

325) So z. B. im Fall der L. 4 §. 9 de fid. lib. (40. 5) . . convenire creditores unumque creare, cui caveatur omnium nomine.

Sklaven zu kaufen, der statt seiner jene cautio mit dem Tutor abzuschließen habe.[326])

Diese Form litt jedoch an einem Mangel, sie erstreckte sich nicht auf die processualische Stellvertretung. Diesem Mangel half die zweite Form ab, die jedoch keineswegs auf diesen Zweck beschränkt war. Sie bestand darin, daß der Beauftragte das Geschäft in eigenem Namen abschloß und hinterher die Wirkungen desselben auf den Mandanten übertrug. Wo die Vornahme des gewünschten Aktes an Voraussetzungen geknüpft war, die sich nur in der Person des Mandanten, nicht in seiner eigenen vorfanden, mußten dieselben erst auf ihn übertragen werden, so z. B. das Eigenthum des Grundstücks, für das er eine Servitut erwerben oder an dem er sie bestellen sollte.[327]) Dieser Weg war namentlich geboten im Proceß. Um hier einen Andern an die eigene Stelle zu setzen, blieb in alter Zeit nichts übrig, als das Verhältniß, welches den Gegenstand des Streites bildete, auf ihn fiduciarisch zu übertragen, also bei Eigenthums- und Servitutenstreitigkeiten das Grundstück. Selbst bei einem Streit über eins der Gewaltverhältnisse war dieser Weg nicht ausgeschlossen, man mancipirte den Sklaven, das Kind, die Frau, ohne daß dieselben darum das Haus zu verlassen brauchten, und der jetzige Innehaber der Gewalt über sie führte in

326) War dies wegen Armuth des Pupillen nicht möglich, so ward wiederum der servus publicus oder auch die Obrigkeit herangezogen. L. 2—4 Rem pub. (46. 6), L. 1 §. 15 de mag. conv. (27. 8).

327) L. 4 §. 3 de alien. jud. (4. 7) . . dominio in eos (procuratores) plerumque ex justa causa translato (im Sinn der im justinianeischen Recht ausschließlich geltenden Traditionstheorie interpolirt). Zu einem solchen Hin- und Herübertragen des Grundstücks bot gerade die Servitutentheorie mehrfache Veranlassung, so z. B. im Fall der L. 15 §. 7 de usufr. (7. 1) (darüber meine Abh. in meinen Jahrbüchern für Dogmatik u. s. w. I. S. 34) und in dem der Vat. fr. §. 51. Auch für die Freilassung eines Sklaven konnte ein solcher Umweg nöthig werden, so z. B. um des Falles der Verhinderung des Herrn am Erscheinen in Rom zu geschweigen, in dem der L. 13 de man. (40. 1) . . dubitationis tollendae causa ab agnato (curatore furiosi) tradendum servum, ut ab eo, cui traditus esset, manumittatur, Octavenus ait.

dieser Eigenschaft den Proceß, dessen Verhandlung und Entscheidung sich auch in dieser Gestalt lediglich um das Recht des Autors drehte. Ich kann mir denken, daß ein Mann, der auf längere Zeit sich von seinem Hause entfernen mußte, ebenfalls diesen Weg einschlug, um den Seinigen, denen der Zutritt zu Gericht versperrt war, für die Zeit seiner Abwesenheit einen Vertreter zu sichern. Nur bei der Erbschaft und der Forderung war aus bekannten Gründen eine solche Uebertragung ausgeschlossen. Wie bei der ersteren der Testator gleichwohl es erreichen konnte, dem eingesetzten Erben die Last, selber die Processe zu führen, zu ersparen und sie auf andere Schultern zu legen, ist oben mitgetheilt. Für die Forderungsverhältnisse blieb nichts anderes übrig, als sofort bei Begründung derselben den eventuellen Stellvertreter als Mitgläubiger (adstipulator) oder als Mitschuldner (adpromissor) heranzuziehen,[328] wenn nicht etwa der Gegner selber die Hand zur Novation der streitigen Forderung bot. Dagegen ließ sich die Acceptilation durch Mittelspersonen sehr leicht bewerkstelligen, dadurch nämlich, daß sie die Forderung zunächst in eigener Person erwarben und sie dann erließen.[329]

6. Erstreckung des Urtheils auf die Zukunft.

Das Urtheil des Richters kann nicht bedingt und nicht auf die Zukunft lauten,[330] also auch keinen zur Zeit noch nicht existenten

---

328) Mit Recht erblickt man in diesem Stellvertretungszweck das ursprüngliche historische Motiv der adpromissio und adstipulatio. Puchta Cursus der Institutionen II. §. 156 Note c, III. §. 277 Note z (Rudorff). Brinz Kritische Blätter Nr. IV. S. 19—22.

329) L. 13 §. 10 de accept. — (46. 4) . . nam et in absentium persona hoc remedio uti solemus: stipulamur ab aliquo id novandi causa, quod nobis absens debet, et ita accepto liberamus a quo stipulati sumus: ita fiet, ut absens novatione, praesens acceptilatione liberetur. Desselben Umwegs hat sich nach dieser Stelle der Vormund zu bedienen, wenn eine Forderung oder Schuld seines Pflegbefohlenen durch Acceptilation getilgt werden soll.

330) L. 35 de jud. (5. 1) Non quemadmodum fidejussoris obligatio

Anspruch für den Fall seiner demnächstigen Existenz eventuell vorbehalten; der Kläger, der ihn gleichwohl vorher geltend macht, verliert ihn, denn der spätern Erhebung der Klage steht die exc. rei judicatae entgegen. Dieser Grundsatz konnte in manchen Verhältnissen höchst drückend werden. Ich setze z. B. den Fall der act. pro socio, die der Gesellschafter schon sofort nach aufgehobener Societät genöthigt ist zu erheben, während noch bedingte Forderungs- oder Schuldverhältnisse schweben. Wie hier helfen? Der Richter legt den streitenden Theilen auf, sich gegenseitig die demnächstige active und passive Theilhaberschaft an den zur Zeit noch schwebenden Schuldverhältnissen zuzusichern, aus dieser cautio entsteht ein neuer, selbständiger Anspruch, dem seiner Zeit, wenn die Bedingung desselben in Erfüllung gegangen, die exc. rei judicatae nicht im Wege steht.[331] In derselben Weise half man sich überall, wo es wegen schwebender Verhältnisse, deren Berücksichtigung man dem Kläger billigerweise nicht zumuthen konnte, eines eventuellen Urtheils bedurft hätte. Man beendete den Proceß in gewöhnlicher Weise durch Condemnation oder Absolution, aber sorgte dafür, daß das Fundament für eine eventuelle zukünftige Klage gelegt wurde.[332]

7. Indirecte Erzwingung der Naturalrestitution im Proceß.

Das Urtheil im Formularproceß lautete bekanntlich immer auf Geld. Mit dem Geldwerth der Sache war aber dem Kläger

---

in pendenti potest esse vel in futurum concipi, ita judicium in pendenti potest esse vel de his rebus, quae postea in obligationem adventurae sunt.

331) L. 27, 38 pro soc. (17. 2).

332) L. 12 §. 5 ad exhib. (10. 4), L. 13 §. 5 de pign. (20. 1), L. 63 §. 4 pro soc. (17. 2), L. 47 §. 2 de pec. (15. 1), L. 9 §. 5 quod met. (4. 2) (doli repromissio), L. 15 de O. N. N. (39. 1), L. un. §. 7 Cod. Rei ux. (5. 13) u. a.

in allen solchen Fällen, wo dieselbe für ihn nicht bloß als Werthobject in Betracht kam, sondern ein individuelles, specifisches Interesse hatte, wenig gedient; es war ihm um die Sache selber, nicht um das Geld zu thun. Wie ihm dazu verhelfen? Man vermittelte dies, ohne das Princip der Geldcondemnation aufzugeben, in allen derartigen Fällen in der Art, daß der Richter angewiesen ward, nachdem er sich von dem Recht des Klägers überzeugt hatte, zunächst auf Naturalrestitution zu erkennen (arbitrium de re restituenda). Diese Auflage war freilich nicht direct erzwingbar, es hing ganz vom Beklagten ab, ob er ihr Folge leisten wollte oder nicht; allein that er es nicht, so ward der Kläger zum juramentum in litem zugelassen, bei dem er den Betrag seines Interesses so hoch greifen konnte, als er nur wollte, d. h. also der Beklagte war jetzt der Discretion des Klägers überlassen, und die sententia lautete auf den vom Kläger selbst festgestellten Betrag — eine Aussicht, der nur ein Wahnwitziger spotten konnte, denn der Kläger hatte es dabei ja ganz in seiner Hand, den trotzigen Beklagten möglicherweise an den Bettelstab zu bringen.

8. Indirecte Erwirkung eines richterlichen Ausspruches.

Sollte über irgend ein Factum ein richterlicher Ausspruch erwirkt werden, so geschah dies in der Weise, daß von den Personen, unter denen dasselbe streitig war, die eine sich von der andern irgend eine beliebige unbedeutende Summe für den Fall versprechen ließ, daß dasselbe wahr sei, und dann auf Zahlung der Summe Klage erhob. Um über letztere zu entscheiden, war der Richter genöthigt, sich über das Dasein der Bedingung ein Urtheil zu bilden, er erkannte also mittelbar über die streitige Thatsache. Die Anwendung dieses Mittels im römischen Verkehr war ganz Sache der freien Vereinbarung der Partheien, aber seine Brauchbarkeit bewirkte, daß es auch im Proceß als processualische Einrichtung Aufnahme fand, so daß also die streitenden Theile gezwungen

werden konnten, über einen ſtreitigen Punkt eine ſolche „sponsio praejudicialis“ einzugehen.

9. Indirecte Erzwingung eines facere.

Die Obligation des ältern Rechts hat die Sache d. h. das dare zu ihrem Grunde und zu ihrem Zweck oder Gegenſtand,[334]) ein facere kann nicht wirkſam verſprochen werden. Andererſeits iſt aber doch für einen einigermaßen entwickelten Verkehr die juriſtiſche Erzwingbarkeit eines verſprochenen facere ein unabweisbares Bedürfniß. Der Weg, auf dem der ältere Verkehr daſſelbe befriedigte, iſt ganz derſelbe, wie in dem vorhergehenden Fall: der der indirecten Erzwingung. Der Promittent verſpricht für den Fall, daß er die zugeſicherte Handlung nicht vornimmt, eine Geldſumme, hoch genug gegriffen, um den gewünſchten Zwang auf ihn auszuüben (Conventionalpön).

10. Uebertragbarkeit der Forderungen.

Die Obligation iſt nach römiſcher Auffaſſung unlöslich mit der Perſon des Gläubigers und Schuldners verknüpft, ein Wechſel der Perſonen, wie er bei der Delegation Statt findet, iſt Aufhebung der bisherigen Obligation und Errichtung einer neuen. Der Umſtand, daß die active Delegation Einwilligung und Mitwirkung des Schuldners vorausſetzte, machte die Benutzung dieſer Form für den Zweck der Uebertragung der Obligation zu einer höchſt läſtigen und unſicheren, es bedurfte für den regen Handels- und Geldverkehr der ſpätern Zeit einer andern Form, die nicht an dieſe Vorausſetzung gebunden war. Dies iſt bekanntlich die Ceſſion. Die Form, in der ſie das Problem der Uebertragung der Obligation löſte, ohne mit dem einmal adoptirten obigen Dogma in Widerſpruch zu gerathen, beſtand in der Verwendung der zu jener Zeit

334) Dieſe Anſicht, die in dem Abſchnitt über die Rechte des ältern Syſtems näher ausgeführt werden ſoll, iſt bereits II. S. 425 angedeutet.

bereits zugelaſſenen proceſſualiſchen Stellvertretung. Dem Ceſſionar ward die Vollmacht zur Aufſtellung der Klage (mandatum ad agendum) ertheilt, er führte den Proceß wie ein gewöhnlicher Proceßprocurator, nur daß er das Beigetriebene für ſich ſelber behielt (procurator in rem suam).

11. Indirecte Zweiſeitigkeit der einſeitigen Obligationen.

Das ältere Recht kannte nur einſeitige Obligationen (S. 197 fl.), aber die Bedingung bot das Mittel, ihnen den Erfolg zweiſeitiger zu verſchaffen. Wünſchten z. B. die Contrahenten bei einem Kaufcontract, der nach altem Recht in die Form zweier einſeitiger Stipulationen gekleidet werden mußte, ſich gegen die daraus reſultirende Gefahr, daß der eine Theil auf Erfüllung klage, ohne ſeinerſeits bereits geleiſtet zu haben, zu ſichern, wollten ſie m. a. W. den Erfolg des zweiſeitigen Vertrages, daß die Leiſtung nur Zug um Zug geſchehe, herbeiführen, ſo nahm jeder in ſein Verſprechen die entſprechende Bedingung der Gegenleiſtung auf (spondesne centum dare, si equum dederim? equum dare, si centum dederim?). Ebenſo verfuhr der Teſtator, der, was in directer Weiſe nicht zu beſchaffen war (S. 199), dem Legatar eine Leiſtung an einen Andern auferlegen wollte (heres damnas esto Maevio centum dare, si Maevius Titio equum dederit). Die Bedingung hat für das ältere Recht die hiſtoriſche Bedeutung eines Surrogats für die mangelnde Zweiſeitigkeit.

Die bisher mitgetheilten Beiſpiele werden zur Genüge erwieſen haben, wie ſehr die römiſchen Juriſten es verſtanden, durch geſchickte Benutzung der vorhandenen Mittel den Anforderungen des praktiſchen Lebens gerecht zu werden. Es war nicht ihre Weiſe, ein begründetes Verlangen achſelzuckend damit abzuweiſen, daß es ſich mit der Theorie nicht vertrage, ſie hielten es für eine weſentliche Seite ihres Berufes, ſelber die Mittel aufzufinden, um demſelben zu entſprechen und dem Verkehr die juriſtiſchen Wege zu

ebenen und bahnen, die er postulirte, kurz ihre Kunst war zugleich eine praktische Rechtsheuristik, Cautelarjurisprudenz im weitesten Sinne des Worts. Diese Seite ihrer Kunst bildete nicht etwa einen besondern Zweig für sich, sondern ein untrennbares, allgegenwärtiges Element der Rechtstheorie, d. h. auch bei ihren rein theoretischen Untersuchungen stellen die römischen Juristen sich nie auf den Standpunkt einer mit rein wissenschaftlicher Unbefangenheit sich hingebenden naturhistorischen Betrachtung der Rechtswelt, sondern sie halten stets die praktische Bestimmung der Rechtssätze und Begriffe: das Zweckmoment fest im Auge, geben daher auch hier überall die Mittel und Wege an, um den Verlegenheiten, die aus der strengen Durchführung der Theoreme sich für das Leben ergeben können, zu entgehen,[335] während wir heutzutage dasselbe nur zu oft ruhig in der Sackgasse stecken lassen, in die es durch unsere eigene Schuld gerathen ist. Der Umstand, daß unser heutiges Recht die Ausbildung dieser heuristischen Geschicklichkeit in ungleich geringerem Maße beansprucht und fördert, als das altrömische, indem es der rechtlichen Bewegung von vornherein einen weit größeren Spielraum öffnet, als letzteres, dieser Umstand hat zur Folge gehabt, daß wir für die vielfachen Proben derselben in unsern Quellen ein ungleich geringeres Wahrnehmungsvermögen besitzen, als wir es sonst haben würden. Uns genügt regelmäßig die Constatirung des Rechtssatzes; welcher Rechtszweck durch denselben gefördert werden soll, kümmert uns wenig. Wir registriren den Satz, daß auch Sklaven zu Erben eingesetzt werden konnten, ohne dabei die so nahe liegende Frage aufzuwerfen, was denn den Testator veranlassen konnte, statt des Herrn selber seinen Sklaven einzusetzen (S. 243). Es genügt uns zu wissen, daß die Tradition einer res mancipi kein Eigenthum übertrug, auf die Frage aber, was denn die Partheien veranlassen konnte, die Sache, anstatt zu mancipiren, bloß zu

335) S. z. B. die Stellen in Note 320, 324—327, 329; viele sonstige Beispiele in den justinianeischen Pandekten.

tradiren, bleiben wir entweder die Antwort völlig ſchuldig, oder wir geben eine ſolche, die unmöglich befriedigen kann, wie z. B. daß ſie ſich die Weitläuftigkeit der Mancipation hätten erſparen wollen — als wenn fünf Zeugen und eine Wagſchaale in Rom ſchwer zu haben geweſen wären! — oder daß die Mancipation nur unter Gegenwärtigen hätte beſchafft werden können — als ob dem Sklaven oder Stellvertreter [335a]) des Abweſenden nicht eben ſo gut hätte mancipirt, als tradirt werden können! Läßt ſich denn nicht ein ganz verſtändiger praktiſcher Zweck dafür denken? Ich ſollte es meinen! Was unſer heutiges pactum reservati dominii oder pactum displicentiae bezweckt, dazu diente in Rom bei res mancipi die Tradition derſelben mit Aufſchub der Mancipation bis zur Abtragung des Kaufpreiſes oder zum Ablauf der Kauffriſt.

Ein anderes, allerdings erſt der ſpätern Kaiſerzeit angehöriges, aber ungemein feines Probeſtück römiſcher Cautelarjurisprudenz, das ebenfalls regelmäßig ganz überſehen wird, bietet die Verbindung des Vorkaufsrechts und des Anſpruchs auf Alienationsgebühr [336]) (ſ. g. quinquagesima) bei der Emphyteuſis. Zu welchem Zweck dieſe Verbindung? Beide Rechte ſtützen und ſichern ſich gegenſeitig. Gibt der Emphyteuta, um den Eigenthümer von der Ausübung ſeines Vorkaufsrechts abzuſchrecken, den ihm gebotenen Kaufpreis beträchtlich höher an, als er wirklich iſt, ſo berechnet ihm letzterer von dieſem Preiſe die Alienationsgebühr; gibt er umgekehrt, um ihn in Bezug auf letztern zu verkürzen, den Kaufpreis niedriger an, ſo wählt der Eigenthümer das Vorkaufsrecht. Die Verbindung beider Rechte bewirkt mithin, daß der Emphyteuta ſich nicht nach der einen Seite von der Wahrheit entfernen kann,

---

335a) Bei Benutzung eines Stellvertreters natürlich mittelſt doppelter Mancipation: der des Gebers an ihn, und ſeiner eigenen an den Auftraggeber.

336) Dieſelbe war bereits vor Juſtinian üblich, L. 3 Cod. de jure emph. (4. 66) quod usque ad praesens tempus praestari cognovimus, Juſtinian hat nur ihren Betrag auf $^1/_{50}$ fixirt.

ohne ſich nach der andern in ſeiner eigenen Schlinge zu fangen — es iſt eine Schraube ohne Ende, eine juriſtiſche Zwickmühle![337])

2. Die Schleichwege des Lebens.

Die Verwendung der Rechtsverhältniſſe im Leben. — Mißbrauch der Familienverhältniſſe. — Mittel zur Vereitelung der erbrechtlichen Beſchränkungen.

LVII. Dieſelbe Kunſt, die, wie wir ſo eben geſehen haben, bemüht war, das Recht zu ſtützen, zu fördern und zu vervollkommnen, diente dazu, ſeinen Beſtimmungen auszuweichen, ſie zu umgehen und zu vereiteln. Den Umwegen, welche die Wiſſenſchaft einſchlug, um erlaubte Zwecke zu errreichen, correſpondirten die Schleichwege, deren das Leben ſich bediente, um unerlaubte Zwecke zu verfolgen. Mögen es Juriſten oder Nichtjuriſten geweſen ſein, deren Schlauheit dieſe Schleichwege ausgefunden hatte, jedenfalls bilden letztere ſelber kein Stück der römiſchen Jurisprudenz, denn die Wiſſenſchaft lehrt die Wege des Rechts, nicht die des Unrechts. Sie würden daher ganz außerhalb der Gränzen unſerer Aufgabe fallen, wenn nicht ein doppelter Grund uns nöthigte, auch ihnen einen Blick zuzuwerfen. Einmal nämlich die Thatſache, daß manche von ihnen im Laufe der Zeit als Scheingeſchäfte, d. h. als vom Recht und von der Jurisprudenz adoptirte Geſchäftsformen (§. 58) eine gewohnheitsrechtliche Geltung erlangten, und ſodann der Umſtand, daß ſie, indem ſie das Recht

337) Ein würdiges Seitenſtück dazu aus älterer Zeit war die fructus licitatio beim interdictum uti possidetis, erinnernd an den Salomoniſchen Richterſpruch; ſie diente als Probirſtein, als Sonde zur Entdeckung des wahren Berechtigten. Der proviſoriſche Beſitz während des Proceſſes ward zwiſchen beiden Partheien verſteigert, der wirkliche Beſitzer hatte es alſo in ſeiner Hand den Preis ſo hoch zu treiben, daß der Nichtberechtigte von Sinnen hätte ſein müſſen, um ihn zu überbieten, oder daß er, wenn er es dennoch gethan hätte, ihm den größten Gefallen damit erwieſen haben würde. Wie unvollkommen erſcheint dagegen unſer heutiges Summariiſſimum!

und die Jurisprudenz in die Lage versetzten, ihnen entgegenzutreten, dadurch die Veranlassung und Quelle mancher nur von diesem Gesichtspunkt aus zu erklärender Rechtssätze wurden. Die römische Schlauheit war in der Entdeckung solcher Schleichwege ungemein erfinderisch, kaum war ihr der eine abgeschnitten, so war bald ein anderer wiederum da, kaum aus diesem Schlupfwinkel durch das Gesetz vertrieben, hatte sie sofort wiederum einen andern in Besitz genommen — ein Schauspiel, das unwillkührlich den Vergleich eines in seinem Bau umstellten und angegriffenen Fuchses heraufbeschwört. Wem es gelänge, diesen Kampf bis in seine Einzelnheiten zu verfolgen und zu schildern, dem römischen Fuchse in alle seine gewundenen Gänge und Wege nachzuschleichen, würde damit ein Blatt römischer Rechtsgeschichte ausgefüllt haben, das zur Zeit fast noch unbeschrieben ist, und das uns doch zweifellos sehr interessante Aufschlüsse geben, uns den Sinn so mancher Rechtssätze enthüllen würde, die für uns, so lange wir gewohnt sind, den Zugang zu ihnen, statt *unter* der Erde, mit Hülfe des Luftballons[338]) von oben her, wohl gar von den Wolken her zu suchen, ewige Räthsel bleiben werden. Ich hatte mir vorgenommen, an dieser Stelle das Material, das ich mir für diesen Zweck gesammelt habe, vollständig zu verwerthen, dasselbe ist jedoch so angewachsen, und der Versuch der Verarbeitung desselben hat mich so sehr in Einzelnheiten und ins Weite geführt, daß ich Anstand nehme, ihn hier einzufügen und mich lieber auf eine kurze Skizze beschränke.

Wenn ich zunächst den Gesammteindruck, mit dem meine Untersuchungen abgeschlossen haben, in *ein* Wort zusammenfassen

---

338) Ein celebres Beispiel einer solchen Luftballonserklärung in einem Fall, in dem der Zugang allein *unter* der Erde zu suchen war, liefert der oben S. 147 besprochene Satz: nemo pro parte testatus u. s. w. Für gewisse Naturen wird freilich der Luftballon immer seinen Reiz behalten, es hat etwas ungleich Verführerisches in den Wolken zu schweben und auf die Welt herabzusehen, als unter der Erde um den Dachsbau herumzuschleichen und nach dem verborgenen Eingang zu suchen.

ſoll, ſo beſteht er in der Ueberzeugung, daß eins der ſchwierigſten Probleme, die an den Geſetzgeber überhaupt herantreten können, darin beſteht, ſein Geſetz gegen Umgehungen ſicher zu ſtellen, und daß alle Kunſt, die Er aufbietet, es zu ſchützen, derjenigen, die das Leben anwendet, es zu durchlöchern, zu untergraben, zu ſtürzen, kaum gewachſen iſt. Wer noch den Glauben theilt, — ein Glaube, von dem die Geſetzgeber ſelber nicht ſelten nichts weniger als frei geweſen ſind — daß es einfach genüge, etwas zu gebieten oder zu verbieten, um den gewünſchten Erfolg zu erreichen, gleich als ob bloß die Schärfe des Schwertes genüge, um zu treffen, und nicht auch der wuchtigſte Schlag dadurch, daß der Gegner ihm ausweicht, zu einem bloßen Lufthieb werden kann — wer alſo dieſen Wahn noch theilt, der leſe das Blatt Geſchichte, das ich ihm im Folgenden aufrollen werde, um von demſelben gründlich geheilt zu werden.

Die Klagen über die Unerſchöpflichkeit der auf die Vereitelung der Geſetze gerichteten Liſt und die Erfolgloſigkeit oder wenigſtens den geringen Erfolg der ihr entgegengeſtellten geſetzlichen Maßregeln wiederholen ſich in Rom zu allen Zeiten, und würde es an ausdrücklichen Ausſprüchen fehlen,[339] die fortgeſetzten Bemühungen, deren die Geſetzgebung und Jurisprudenz bedurfte, um bei einem und demſelben Verhältniß eine nothdürftige Sicherung zu bewirken, würden das beredteſte Zeugniß dafür ablegen. Kein Verhältniß, das nicht einer derartigen fraudulöſen Benutzung ausgeſetzt geweſen wäre, nichts war heilig, weder die Ehe, noch das elterliche Verhältniß, noch die Ehre, das man nicht in den Staub gezogen hätte, um irgend einen ſchnöden Zweck damit zu erreichen, und ohne es zu wiſſen, mußte oft ſelbſt die Obrigkeit ihre Hand dazu bieten,

339) In Wirklichkeit fehlt es daran nicht, ſo z. B. Tac. Ann. VI. 16 (bei Gelegenheit der Wuchergeſetze) multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes rursum oriebantur. L. 1 pr. Cod. de cad. toll. (6. 51) multas invenientibus vias. Gaj. I. 46 . . sunt etiam specialia SCa, quibus rescissa sunt ea quae in fraudem ejus legis (Furiae Caniniae) excogitata sunt.

die Verfolgung illegaler Zwecke durch das Urtheil in einem abgekarteten Proceß zu fördern.[340] Den äußersten Tiefegrad erreichte dieser Unfug allerdings erst in der Zeit der sittlichen Versunkenheit und Verwilderung, als alle Bande der Zucht und Schaam zerrissen waren. Damals schrak die entartete Damenwelt der höheren Kreise ebenso wenig davor zurück, sich durch Anmeldung beim Aedilen unter die Zahl öffentlicher Dirnen einen Freibrief von den Unzuchtgesetzen zu erwirken, als die dem zarten Geschlecht vollkommen ebenbürtige männliche Jugend vor der Schande der Infamie, um sich dadurch den Zutritt zur Bühne zu erkaufen.[341] Aber selbst die gute alte Zeit ist von dem Vorwurf, das erste Beispiel zu einer solchen Versündigung gegeben zu haben, nicht frei zu sprechen, und die Jurisprudenz trägt daran ebenfalls einen Antheil der Schuld. Es ist dies ein für die ganze Weise der Römer und damit auch der römischen Juristen höchst bezeichnender Punkt. Ueber dem strengen Festhalten des juristischen Moments haben sie, ohne es zu wissen und wollen, das ethische preisgegeben. Die Benutzung der Ehe als bloßer Scheinehe für die Verfolgung gewisser legislativ nicht zu beanstandender Zwecke (§. 58) mochte immerhin vom einseitigen Standpunkt juristischer Technik sich noch sehr empfehlen, eine Jurisprudenz, die sich auf den höhern legislativ-politischen und ethischen Standpunkt gestellt hätte, würde nie ihre Zustimmung dazu gegeben haben, denn selbst in Anwendung auf erlaubte Zwecke enthält eine solche Verwendung der Ehe als bloßer Form eine Versündigung gegen ihr wahres Wesen und zugleich das Signal, sich

340) Hier ist natürlich nicht an die in jure cessio gedacht, bei welcher der Zweck ja ein erlaubter und der Obrigkeit bekannter war, sondern an solche Fälle, wo dies nicht der Fall war z. B. Anstellung einer act. famosa zu dem Zweck, daß der Beklagte infam und dadurch von gewissen Beschränkungen frei werde. Sueton. Tiber. c. 35: quo minus in opera scenae arenaeque edenda senatusconsulto tenerentur, famosi judicii notam sponte subibant; Anstellung des judicium liberale, damit der Freigelassene die Rechte des Freigebornen erhalte, L. 1, 5 de coll. deteg. (40. 16), Suet. Aug. c. 74: asserto in ingenuitatem.

341) Ueber beides das Citat der vorigen Note von Sueton.

ihrer auch zu andern, minder beifallswürdigen Zwecken zu bedienen, kurz sie schlechthin als ein gleichgültiges Mittel zum Zweck zu betrachten. Das ist überhaupt die dunkle Kehrseite jener einseitig juristischen Lebensauffassung, welche die Römer kennzeichnet und in der Technik der Juristen nur ihren höchsten Gipfelpunkt erreicht, daß sie, indem sie die vorhandenen Verhältnisse rein vom Standpunkt ihrer juristischen Brauchbarkeit erfaßt, sie als bloßen Apparat für beliebige Zwecke verwendet, zu jener Gleichgültigkeit gegen das wahre Wesen der Dinge, jenem formalistischen Nihilismus geführt hat, der schon früh einen Charakterzug des römischen Volkes bildet. Die Römer haben die Scheingeschäfte nicht umsonst gehabt!

Das römische Leben soll diese Anklage selber begründen, und zwar durch die Art, wie es die Familienverhältnisse behandelt hat.

Es ist bezeichnend, daß jener Mißbrauch derselben, den ich hier im Auge habe, schon in eine Zeit hinaufreicht, wo dieselben im übrigen noch in voller, ungeschwächter Kraft bestanden. Schon Licinius Stolo war es, der, um dem von ihm selbst beantragten Gesetz zu entgehen, seine Kinder emancipirte und dafür vom Volk bestraft ward (II. 453). Schon Publius Scipio klagte als Censor darüber, daß die Adoption benutzt werde, um sich der Vortheile, die der Besitz der Kinder gewähre, zu versichern,[342]) und Scheinadoptionen und Scheinverkäufe der Kinder ins Mancipium dienten im sechsten Jahrhundert den Mitgliedern der latinischen Gemeinden als allbetretener Weg, um das römische Bürgerrecht zu erlangen.[343]) Auch die Eingehung simulirter Ehen, um den Nachtheilen

342) Gell. V. 19.

343) Liv. 41, 8, dazu Adolf Schmidt, Rektoratsprogramm, Freiburg 1856. Wer Nachkommenschaft daheim ließ, konnte nach Rom ziehen und römischer Bürger werden. Wer Kinder besaß, mancipirte sie vor seiner Uebersiedlung irgend einem Römer und ließ sie daheim; letzterer ließ sie sodann frei, und da sie dadurch römische Bürger wurden, hatte die Gemeinde ihren Anspruch an sie verloren. Wer keine Kinder besaß, fand für weniges irgend einen Proletarier, der sich von ihm lediglich zu dem Zwecke adoptiren ließ, um als „Kind" zurückgelassen zu werden.

der Ehelosigkeit zu entgehen, muß offenbar schon in alter Zeit häufig genug gewesen sein, denn der dagegen berechnete, von den Censoren auferlegte Eid, daß die Ehe in ernstlicher Absicht geschlossen sei,[344] kann jedenfalls nicht in dem zu diesem Verdacht so wenig Anlaß bietenden Fall des Carvilius Ruga zuerst zur Anwendung gelangt sein. Auch die strenge Untersuchung, die man bei der Arrogation anstellte, um einer mißbräuchlichen Anwendung zu steuern, so wie der dabei zu leistende, von Q. Mucius schwerlich erst erfundene sondern nur besser formulirte Eid[345] weist darauf hin, daß rücksichtlich dieses Aktes eine solche Gefahr früh bestanden haben muß, und die ausgeprägte Gestalt, in der die Arrogation in dem bekannten Fall des Clodius als gewohnheitsrechtlich anerkannte Form zum Zweck des Uebertritts der Patricier zur Plebs zur Anwendung gelangt (§. 58), berechtigt zu dem Schluß, daß wenigstens diese Verwendung der Arrogation zu einem ihr völlig fremden Zweck im Leben bereits lange vorher Statt gefunden haben muß.

Das Uebel, das diese Erscheinungen schon so früh zu Tage rief, saß tief, es lag in der rechtlichen Organisation der römischen Familienverhältnisse selber. Indem dieselben über Gebühr mit vermögensrechtlichen und persönlichen Folgen ausgestattet waren, beschworen sie selber die Gefahr des Mißbrauchs herauf. Wer kann es dem Vater verdenken, daß er seinen Sohn emancipirt,[346] wenn dies der einzige Weg ist, damit letzterer die ihm deferirte mütterliche Erbschaft selber erwerbe, nicht den Gläubigern des Vaters oder dem Fiscus? Wer wird es nicht billigen, daß eine Frau den Wunsch hegt, ihren Nachlaß statt den reichen Agnaten lieber ihren bedürftigen Cognaten zuzuwenden? Das Recht selber öffnete ihr dafür keinen andern Weg, als den einer Scheinehe (§. 58).

---

344) Liberorum quaerendorum gratia se uxorem habiturum, Gell. IV. 3; oder die Frage: ex animi tui sententia, Cic. de orat. II. 64, Gell. IV. 20. Savigny, Vermischte Schriften I. S. 84 fl. Bestrafung der Scheinehe, Val. Max. VII. 7, 4.

345) Gell. V. 19.

346) L. 26 de jure fisci (49. 14).

Der Grund, warum in unſerm heutigen Leben Emancipationen, Arrogationen und Adoptionen eine ſo große Seltenheit bilden, während ſie in Rom zur Tagesordnung gehörten, liegt lediglich darin, daß unſere heutige Organiſation der Familienverhältniſſe eine geſundere geworden, und daß ſelbſt das ſekundäre Intereſſe derſelben für eine Reihe ſonſtiger Verhältniſſe hinweggefallen iſt.[347]) Ich wüßte nicht, was man heutzutage Großes durch ſie erreichen könnte, das nicht auch auf anderm Wege zu erzielen wäre.

Der ſo eben geſchilderte Krebsſchaden der römiſchen Familie ward zur vollſten Blüthe gebracht durch ein Geſetz, welches gerade die Beſtimmung hatte, ihr neue Kraft einzuflößen: die lex Julia und Papia Poppaea. Indem dies Geſetz, ganz im Styl des Polizeiſtaates des vorigen Jahrhunderts, vermögensrechtliche Belohnungen und Strafen in Anwendung brachte, um auf die Eingehung von Ehen und die Fruchtbarkeit der Gatten hinzuwirken, vermehrte es damit nur das Gewicht der äußern Zwecke und Rückſichten, die ſchon bis dahin ſich wie ein Bleigewicht an die Familie geheftet und die ſittliche Spontaneität ihrer Bewegung gelähmt hatten. Es iſt hier nicht der Ort, die tiefe Unſittlichkeit dieſes Geſetzes, das ſelbſt der Wittwe und der geſchiedenen Frau nicht ſchonte,[348]) Greiſe und Greiſinnen in die Ehe trieb[349]) und das Leben manches wider Willen erzeugten Kindes[350]) und manchen Ehebruch[351]) auf

347) z. B. für die in der ſpätern Kaiſerzeit ſo übliche Confiscation. Den Kindern, ſelbſt den Adoptivkindern, ward dabei ein Theil des väterlichen Vermögens gelaſſen; Grund genug, um bei drohender Confiscation durch Scheinadoptionen einen Theil des Vermögens in Sicherheit zu bringen, L. 7 §. 2 de bonis damn. (48. 20). Ferner für das Erbrecht; wen man nicht zum Erben einſetzen konnte, den konnte man möglicherweiſe adoptiren und ihm auf dieſe Weiſe die Erbſchaft zuwenden. Für die Befreiung von Communallaſten: L. 15 §. 2, 3 ad Munic. (50. 1).

348) Ulp. XIV.

349) Ulp. XVI. 1, durch das SC. Persicianum und Claudianum allerdings modificirt, §. 3, 4 daſelbſt.

350) arg. Ulp. XV. 2 XVI. I[a] . . si tres (liberos) post nominum diem amiserint.

351) Oder ein ähnliches Vergehen der Frau bald nach dem Tode des

dem Gewissen haben mag, näher zu kennzeichnen, aber die römische Natur hätte sich völlig verläugnen müssen, wenn sie nicht bei einem so empfindlichen Eingriff allen Scharfsinn aufgeboten hätte, um dem Gesetz zu entgehen. Kaum war es erlassen, als Augustus, der Urheber desselben, bereits Veranlassung hatte, einige der eingeschlagenen Schleichwege zu verbieten.[352] Ehescheidungen und Scheinehen waren die reiche Frucht der von ihm gesäeten Saat,[353] und die Künste, die man in den Testamenten aufbot, um den widerwärtigen Beschränkungen letztwilliger Erwerbsfähigkeit zu entgehen, waren unerschöpflich; selbst die Juristen nahmen keinen Anstand, die Caducitätsbestimmungen so viel wie möglich zu vereiteln.[354]

Am meisten scheint sich die Abneigung und der Widerstand des Volks und die in deren Dienste thätige Kunst der Umgehung gegen drei Arten von Beschränkungen gerichtet zu haben: die der Zinsen, der letztwilligen Verfügungen und der Freilassung der Sklaven. Ich greife das zweitgenannte Beispiel zur näheren Ausführung heraus.

Das ältere Erbrecht seit Einführung des Mancipationstestaments kannte für die letztwilligen Verfügungen keine weitere Beschränkung, als die sich aus dem Erforderniß der Erbfähigkeit der honorirten Person ergab. Bedacht werden konnten nur solche Personen, die das commercium hatten, also keine Peregrinen. Die erste positive Beschränkung, welche die Gesetzgebung hinzufügte, hatte die Höhe der Legate zum Gegenstand, und es erschienen darüber bekanntlich drei Gesetze mit wechselnden Bestimmungen: die lex Furia, Voconia, Falcidia. Es ist eine auffallende Er-

---

Mannes, arg. si post mortem viri intra decem menses uxor ex eo peperit, Ulp. I. c.

352) Sueton. Aug. c. 34: Cumque etiam immaturitate sponsarum et matrimoniorum crebra mutatione vim legis eludi sentiret etc.

353) L. 30 de R. N. (23. 2) Gajus ad legem Juliam et Papiam: simulatae nuptiae nullius momenti sunt.

354) L. un. pr. Cod. de cad. toll. (6. 51) . . (legis Papiae) invidiosum vigorem, qui et ipsis prudentissimis viris displicuit, multas invenientibus vias, per quas caducum non fieret.

ſcheinung, daß während die beiden erſtern in ganz vorſichtiger Weiſe neben dem Legat auch das „mortis causa capere“ mit nannten,[355] die lex Falcidia ſich deſſen entſchlug und lediglich das Legat erwähnte.[356] Damit war, man möchte faſt glauben mit Abſicht, eine Hinterthür geöffnet. Wer ſich dem Geſetz entziehen wollte, brauchte die Zuwendung nur in die Form einer mortis causa donatio einzukleiden oder die gewünſchte Leiſtung zur Bedingung der Erbeseinſetzung zu machen (Note 145); beides war kein Legat, fiel alſo nicht unter das Geſetz. Daſſelbe galt von den Fideicommiſſen. Daß man bei der Erhebung derſelben zur Klagbarkeit es verſäumte, die lex Falcidia auf ſie zu übertragen, war eine Unterlaſſung, — ob abſichtliche oder unabſichtliche, bleibe dahin geſtellt — welche den praktiſchen Fortbeſtand des Geſetzes ſo gut wie in Frage ſtellte und aus dem Grunde ſehr bald nachher unſchädlich gemacht werden mußte.

Ungleich unbequemer und drückender, als dieſe objective Schranke der Teſtirfreiheit, waren die ſubjectiven, welche die lex Voconia hinſichtlich der Weiber, die lex Junia Norbana rückſichtlich einer gewiſſen Claſſe der Freigelaſſenen, vor allem aber die oben erwähnte lex Julia und Papia Poppaea hinſichtlich der Kinderloſen und Eheloſen zog, und dieſe ſubjectiven Schranken, zu denen ſich noch die rückſichtlich der Peregrinen aus dem ältern Recht hinzugeſellte, waren es vornehmlich, gegen welche man Jahrhunderte hindurch alle Kunſt und Schlauheit aufbot. Eine Menge erbrechtlicher Inſtitute, Begriffe und Rechtsſätze verdanken dieſem Beſtreben und dem ihm von Seiten der Geſetzgebung und der Jurisprudenz entgegengeſetzten Widerſtand ihren Urſprung. Meinem obigen Vorſatz getreu verzichte ich darauf, den Kampf bis in ſeine Einzelnheiten zu verfolgen, insbeſondere alſo nachzuweiſen, wie die Geſetzgebung und die Jurisprudenz den Angreifer aus einer Poſition nach der andern verdrängte. Es möge genügen,

355) Gaj. II. 224, 226.

356) Gaj. II. 227 und L. 1 pr. ad leg. Falc. (35. 2).

einfach die hauptſächlichſten Mittel zu bezeichnen, deren man ſich zu dem angegebenen Zweck bediente. [357])

1. Die Fideicommiſſe. Als das hiſtoriſche Motiv des Aufkommens der Singularfideicommiſſe führt Gajus [358]) ausdrücklich die Erbunfähigkeit der Peregrinen an. Die erſten Fälle des Univerſalfideicommiſſes, von denen wir meines Wiſſens Kunde haben, betrafen die durch die lex Voconia beſchränkte Erbfähigkeit der Frauenzimmer. [359]) Daran reihten ſich ſeit der lex Julia und Papia Poppaea die Fideicommiſſe an Kinderloſe und Eheloſe. Seitdem derartige Fideicommiſſe unterſagt, beziehungsweiſe ganz oder zum Theil dem Aerar oder dem Fiscus [360]) zugeſprochen worden waren, ſchlug man andere Wege ein, wozu der des Fideicommissum tacitum gehörte, d. h. man entzog daſſelbe der Kunde der Obrigkeit, indem man es nicht im Teſtament ſelber anordnete, ſondern der onerirten Perſon im Geheimen das Verſprechen oder den Eid abnahm, es auszahlen zu wollen, ein Verſprechen, das allerdings gleich den Fideicommiſſen in alter Zeit ganz von der Zuverläſſigkeit und Treue des Subjects abhing, gleichwohl aber, wie ſie, in den meiſten Fällen ſeinen Zweck erreichte. [361]) Dieſe fideicommissa tacita machten der Geſetzgebung viel zu ſchaffen. [361a])

2. Benutzung der Bedingung für den angegebenen Zweck. Die Erbeseinſetzung oder das Legat wird an die Bedingung geknüpft, daß die bedachte Perſon die gewünſchte Leiſtung

---

357) Daß dieſelben nicht auch andern Zwecken dienen konnten, ſoll damit ebenſo wenig behauptet werden, als daß es zu dem obigen Zwecke nicht noch andere gegeben habe.

358) Gaj. II. 285 . . et fere haec fuit origo fideicommissorum.

359) Cic. de finib. II. 17, 18.

360) Gaj. II. 285—286a.

361) Ulp. XXIV. 17. L. 103 de leg. I. L. 10 pr. L. 23 de his quae ut (34. 9), L. 3 pr. §. 3 L. 40 de J. F. (49. 14).

361a) S. z. B. noch Nov. 89 c. 12 §. 1 und §. 3.

vornehme,[362]) verſpreche oder lediglich angelobe,[363]) oder es wird ihr ein Straflegat (legatum poenae nomine relictum) an eine fähige Perſon auferlegt für den Fall, daß dieſelbe unterbleibe. Eine ſolche Anordnung fiel nicht unter den Geſichtspunkt eines Vermächtniſſes, es war keine directe, ſondern eine indirecte Zuwendung; der Bedachte, welcher ihr nachkam, that es lediglich, um die Bedingung zu erfüllen (conditionis implendae causa datum).

3. Einkleidung in die Form der Schuld, entweder im Teſtament ſelber (legatum debiti[364]) oder mittelſt einer auf den Tod des Promittenten ausgeſtellten Stipulation.[365])

4. Niederlegung der Sache oder Summe bei einer zuverläſſigen Mittelsperſon mit der Beſtimmung, ſie nach dem Tode des Gebers der gewünſchten Perſon einzuhändigen,[366]) oder An-

362) Conditio dandi, L. 36 de m. c. don. (39. 6).

363) Letzteres iſt die conditio jurisjurandi, auf deren praktiſches Motiv zuerſt Huſchke (Zeitſchr. f. Civilr. u. Proc. B. 14 Nr. 12) aufmerkſam gemacht hat.

364) L. 27 de prob. (23. 3), L. 37 §. 6 de leg. III. Val. Max. VIII. 2, 2 . . expensa ferre sibi passus est, eo consilio, ut si decessisset, ab heredibus eam summam peteret, quam legati genus esse voluit, libidinosam liberalitatem debiti nomine colorando. L. 45 i. f. Cod. de episc. (1. 3) . . simulata quaedam obligatio sub specie mutui.

365) Gaj. III. 100. Die Faſſung: post mortem tuam dari spondes? war bis auf Juſtinian (§. 13 I. de inut. stip. 3. 20) ungültig, die Faſſung: cum morieris gültig. Worauf beruhte dies? Gajus ſagt: inelegans esse visum est, ex heredis persona incipere obligationem. Aber über dieſe Inelegans wäre man wohl hinweggekommen, nicht aber über die praktiſche Erwägung, daß die erſte Form das Mittel dargeboten hätte, eine Erbſchaftsſchuld nach dem Tode des Teſtators d. i. nach dem Moment, welcher für die Beſtimmung der Höhe des Nachlaſſes der entſcheidende iſt, zur Entſtehung zu bringen. Dadurch wäre der Erbe bei der Berechnung der Quarta Falcidia den Legataren gegenüber verkürzt worden, während dies bei der zweiten Formel, welche die Schuld juriſtiſch noch bei Lebzeiten des Teſtators ins Leben rief, nicht der Fall war. Jene Formel war alſo einer von den Schleichwegen zum Zweck der Umgehung der lex Falcidia, ſie hieß: mein Erbe ſoll dieſe Schuld unter den Paſſiven der Erbſchaft nicht in Anrechnung bringen.

366) L. 18 §. 2 de m. c. don. (39. 6). L. 26 pr. Depos. (16. 3).

weiſung zur Auszahlung im gleichen Fall an den Schuldner, zu mehrerer Sicherheit verſtärkt durch Zuziehung des Aſſignatars als correus stipulandi.[367])

5. Einſetzung der Sklaven.[368]) Der Erfolg derſelben beſtimmte ſich allerdings nach der Capacität des Herrn, allein letzterer ſorgte dafür, daß er ihn zeitig in die Hände eines Fähigen brachte.

Wir haben alle Urſache anzunehmen, daß die Art, wie man den Zinsbeſchränkungen zu entgehen ſuchte, ein würdiges Seitenſtück zu den obigen Verhältniſſen darbot.[369]) Ich habe mir die Frage aufgeworfen, ob die Art, wie man hier und in den übrigen Fällen verfuhr, ſich nicht auf eine gewiſſe Methode zurückführen laſſe, ob nicht gewiſſe Kunſtgriffe und Manipulationen ſich überall wiederholen, und in der That gibt es deren wenigſtens zwei. Der eine beſtand darin, daß man bei eigener Unfähigkeit die Handlung durch eine fähige Perſon vornehmen ließ.[370]) Die alten Wuchergeſetze galten nur für römiſche Bürger, nicht für Bundesgenoſſen: um ihnen zu entgehen, ſchob der Gläubiger zwiſchen ſich und den Schuldner einen Bundesgenoſſen als Scheinanleiher und Scheindarleiher ein. (Note 369.) Einem jungen Manne unter 20 Jahren war durch die lex Aelia Sentia die Freilaſſung ſeiner Sklaven nur aus beſonderen Gründen verſtattet; wo ſie fehlten,

---

367) L. 108 de solut. (46. 3). Verſchiedene andere Fälle im Titel de m. c. donat. (39. 6).

368) L. 82 de acq. her. (29. 2).

369) S. die Aeußerung von Tacitus in Note 339 und die von Livius 35, 7 berichtete ſofort im Text mitzutheilende Probe.

370) „Persona subjecta", L. 2 §. 1 de adm. rer. (50. 8) Quod quis suo nomine exercere prohibetur, id nec per subjectam personam agere debet; auch „interposita", L. 45 Cod. de episc. (1. 3), L. 10 Cod. de distr. pign. (8. 28): per suppositam imaginarii emptoris personam. Viele andere Beweisſtellen in meiner Abh. in meinen Jahrbüchern II. S. 72, 73. Ein bekanntes Beiſpiel einer ſolchen persona subjecta, nur in Anwendung auf einen andern Zweck, liefert die fiduciariſche Eigenthumsübertragung „cum amico, quod tutius nostrae res apud eum essent" Gaj. II. 60, beiſpielsweiſe zu dem Zweck, um eine in Ausſicht ſtehende Confiscation zu vereiteln.

mancipirte er den Sklaven einem Andern, der das nöthige Alter hatte und den Akt vornahm.[371]) Wer wegen der lex Voconia seine Tochter nicht zum Erben einsetzen konnte, setzte einen zuverlässigen Freund ein und trug ihm die Herausgabe der Erbschaft in Form des Universalfideicommisses auf. Freilassung einer unfreien Person durch einen römischen Bürger verschaffte ihr das Bürgerrecht; um letzteres zu gewinnen, ließ man sich einem römischen Bürger als Sklaven verkaufen und sodann durch ihn freilassen,[372]) ein Schleichweg, oder richtiger: zeitweilig eine Heerstraße, auf der Tausende von Latinern in das römische Bürgerrecht drangen. (Note 343.)

Den zweiten der obigen Kunstgriffe, mit dem ersten theilweise, doch nicht durchweg zusammenfallend, bildet das *simulirte* Geschäft, bei dem die handelnden Partheien darüber einig sind, daß der Akt, den sie äußerlich vornehmen, keine ernstliche Bedeutung für sie haben soll. Um dem Verbot der Schenkung unter Ehegatten zu entgehen, führten die Ehegatten eine Scheidung auf,[373]) der, wenn die Schenkung vollzogen, nach einiger Zeit wiederum die Versöhnung folgte, oder kleideten die Schenkung in die Form eines Kaufcontractes. Manche dieser simulirten Geschäfte erlangten gewohnheitsrechtliche Gültigkeit und gingen damit in die Kategorie derjenigen Rechtsformen über, die wir im folgenden Paragraphen betrachten wollen: der *Scheingeschäfte*.

Die Mittel, deren sich die Gesetzgebung diesen Schleichwegen gegenüber bediente, waren nach den Umständen verschieden. Sie bestanden:

1. in dem Verbot der Umgehung, sei es in allgemeiner

---

371) L. 7 §. 1 Qui et a quibus (40. 9), L. 4 de serv. exp. (18. 7). Ebenso, um den Bestimmungen der lex Furia Caninia und lex Aelia Sentia über letztwillige Freilassungen zu entgehen, L. 27 §. 1 Mand. (17. 1) . . ut post mortem meam manumitteres.

372) Petron. Sat. 57: ipse me dedi in servitutem et malui civis Romanus esse, quam tributarius.

373) L. 64 de don. i. V. (24. 1).

Faſſung, wie es manche Geſetze der ſpätern Zeit ausdrücklich aus-ſprachen,[374] ſei es mittelſt ſpecieller Abſchneidung beſtimmter einzelner bereits in Uebung gekommener oder leicht vorauszuſehender Auswege, — eine Maßregel, zu der die Geſetzgebung ſich nicht ſelten ſelbſt bei ſolchen Geſetzen, welche mit jener Clauſel verſehen waren, hinterher noch genöthigt fand.[375]

2. in der Abnahme eines auf die ernſtliche Abſicht gerichteten Eides Seitens der Obrigkeit.[376]

3. in der Androhung einer Strafe, deren Erfolg vielfach dadurch geſichert ward, daß ſie dem Angeber ganz oder zum Theil als Prämie zugeſichert ward.[377]

Daß übrigens die höchſten politiſchen und geiſtlichen Gewalten nicht ſelten ſelber ſich auf ganz ähnlichen Schleichwegen betreten ließen, iſt von mir bereits bei einer früheren Gelegenheit (I. 352) nachgewieſen worden, worauf hier einfach Bezug genommen werden möge. Die dort genannten Beiſpiele, welche noch den Zeiten der Republik angehörten, waren mehr harmloſer Art, Nothlügen ohne ſchlechten Zweck; der Despotismus der Kaiſer aber fügte Fälle

---

374) z. B. die lex Furia Caninia Gaj. I. 46.

275) z. B. bei dem oben genannten Geſetz, Gaj. ibid.: sunt etiam specialia SCta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem ejus legis excogitata sunt. Einer der drolligſten Einfälle, um dem genannten Geſetz zu entgehen, welches bei einer Ueberſchreitung der geſetzlichen Zahl der im Teſtament erlaubten Freilaſſungen die zuerſt geſchriebenen für gültig, die folgenden für ungültig erklärte, beſtand darin, daß man die Freilaſſungen im Kreiſe ſchrieb („in circulo, ut qui prior, qui posterior nominatus sit, non possit agnosci" Gaj. Epit. I. 2 §. 2).

376) So bei der Ehe (Note 344), bei der Freilaſſung des Sklaven im Fall der Note 371, und der Arrogation (Note 344). S. auch Nov. 89 c. 12 §. 1 aut pejerant §. 3 quibusdam ad impietatem aut perjurium praeparatis. In manchen griechiſchen Rechten ward dieſer Eid auch bei Verkäufen von Liegenſchaften angewandt, Franz Hofmann, Beiträge zur Geſchichte des griechiſchen und römiſchen Rechts. Wien 1870 S. 83.

377) So bei dem fideicommissum tacitum, dem Fideicommiß an Peregrinen, der lex Marcia de usuris reddendis (S. 116), der Colluſion im Fall der L. 1 de coll. deteg. (40. 16).

hinzu, in denen ſich die äußere Beobachtung des Geſetzes bei frevelhafter Verletzung ſeines Inhalts zu einem teufliſchen Hohn gegen das Recht geſtaltete. [377a])

3. Die künſtlichen Mittel.

Die Conſtructionshandlungen. — Die Scheingeſchäfte. — Die coemptio fiduciae causa. — Theorie der Scheingeſchäfte. — Dogmatiſche Selbſtändigkeit derſelben. — Adoption zum Zweck der transitio ad plebem und adoptio regia. — Die Fictionen.

LVIII. Wir kehren jetzt zur römiſchen Jurisprudenz zurück, um den zweiten Theil der oben (S. 240) bezeichneten Aufgabe zu löſen, nämlich die künſtlichen Mittel, die ſie im Intereſſe der juriſtiſchen Oekonomie in Anwendung gebracht hat, einer Prüfung zu unterwerfen.

Dieſelben laſſen ſich auf drei Claſſen zurückführen, von denen ich die beiden letzten mit bekannten, die erſte aber nur mit einem ſelbſterfundenen Namen bezeichnen kann: die Conſtructionshandlungen, die Scheingeſchäfte und die Fictionen.

Mit dem erſtgenannten Mittel hatte es folgende Bewandniß. Im Fortgang der Rechtsentwickelung kommt es nicht ſelten vor, daß die Geſetzgebung ſich genöthigt ſieht, gewiſſe rechtliche Wirkungen, deren Hervorbringung bisher rein Sache des freien Beliebens der Partheien war, dieſem Belieben zu entziehen und an das bloße

---

377a) So z. B. Sueton. Tiber. c. 61 . . immaturae puellae, quia more tradito nefas esset virgines strangulari, vitiatae prius a carnifice, deinde strangulatae, was namentlich bei den Chriſtenverfolgungen oft zur Anwendung gebracht ward. Ein Seitenſtück berichtet Casaubonus zu dieſer Stelle: Similis religio triumviros incessit, cum proscriptionis tempore praetextatum quendam, ut posset occidi, jusserunt induere togam virilem, ut narrant Appianus et Dio. In ähnlicher Weiſe erhob man im 15. Jahrhundert in Florenz Bürgerliche, welche gewiſſe ſchwere Verbrechen begangen hatten, in den Stand der Magnaten, um die in den „Ordnungen der Gerechtigkeit" den Magnaten angedrohten ſchweren Strafen auf ſie anwenden zu können. Carl Hegel in der Note 307 angeführten Schrift S. 23.

Daſein irgend eines Umſtandes oder Verhältniſſes zu knüpfen. Gewiß würde kein heutiger Geſetzgeber Anſtand nehmen, die Neuerung, die er damit materiell einführt, auch formell als ſolche zum Ausdruck zu bringen d. h. einfach den Satz auszuſprechen: das, was bisher nur auf dem Wege des freien Handelns der Partheien zu erzielen war, tritt jetzt von ſelbſt, ipso jure ein, es bedarf mithin der Handlung nicht mehr. Ganz anders die Römer. Sie ſuchen die Neuerung formell dem beſtehenden Recht anzuſchließen, indem ſie die bisherige Regel, daß jene Wirkung nur in dem Handeln der Perſon ihren Grund habe, beibehalten, dagegen aber die Perſon zwingen, dieſe Handlung vorzunehmen. In Wirklichkeit iſt hier das bisherige Abhängigkeitsverhältniß der betreffenden Rechtswirkung vom Willen des Subjects aufgehoben, aber der Form nach iſt es gerettet — die Wirkung tritt nach wie vor nur ein, wenn das Subject *ſie will*, aber freilich es iſt dafür geſorgt, daß das Subject ſie wollen *muß*. Solche Handlungen nun, die lediglich im Intereſſe der juriſtiſchen Conſtruction, um den bisherigen Rechtsmechanismus beizubehalten, erzwungen und vorgenommen werden, nenne ich *Conſtructionshandlungen* — es iſt rein das Intereſſe der juriſtiſchen Conſtruction, dem ſie ihre fernere Beibehaltung verdanken, im Grunde ſind ſie bloße Scheinhandlungen. Das römiſche Recht kennt dieſelben in großer Menge; es werden einige Beiſpiele zur Veranſchaulichung des Verhältniſſes genügen.

Das SC. Pegasianum zwang den mit einem Univerſalfideicommiß belaſteten Erben bei grundloſer Weigerung zur Antretung und Reſtitution der Erbſchaft — ein reiner Scheinakt, der nicht die geringſten Wirkungen für ihn hatte, weder vortheilhafte, noch nachtheilige. Der legislative Zweck, der jenem Senatsbeſchluß vorſchwebte, war Unabhängigkeit des Univerſalfideicommiſſes vom Belieben des bloß als Rechtsträger (S. 218) vorgeſchobenen Erben. Für dieſen Zweck wären verſchiedene Formen denkbar geweſen, die einfachſte und natürlichſte wäre die geweſen, daß man die fideicommiſſariſche Subſtitution im Fall grundloſer Weigerung des Erben in Ergänzung des muthmaßlichen Willens des Erblaſſers in eine

directe verwandelt, d. h. den Fideicommiſſar als eventuell eingeſetzten Erben behandelt hätte. Die ſpätere römiſche Jurisprudenz würde vor dieſer Behandlungsweiſe ſchwerlich zurückgeſchreckt ſein, wenigſtens hat ſie keinen Anſtand genommen, die beiden Formen der Subſtitution in doppelter Weiſe mit einander zu vertauſchen, eine ungültige directe Subſtitution als gültige fideicommiſſariſche aufrecht zu erhalten und umgekehrt;[378] allein zu der Zeit, in welche jenes Senatusconſult fiel, war die Jurisprudenz noch nicht bis zu dieſer Freiheit der Auffaſſungsweiſe vorgeſchritten. Als eine zweite der juriſtiſchen Technik der damaligen Zeit weniger widerſtrebende Form hätte ſich die geſetzliche Aufſtellung der Fiction dargeboten, daß die grundloſe Weigerung des Erben als Antretung und Reſtitution der Erbſchaft angeſehen werden ſolle. Wenn das Geſetz auch dieſe Form verſchmähte und die oben angegebene wählte, ſo lag der Grund davon darin, daß dieſer Weg ſich in der That am engſten an das bisherige Recht anſchloß, indem er an dem alten Satz, daß es der Antretung der Erbſchaft bedürfe, um Erbe zu werden, nichts änderte.[379] Daß der Erbe hier ein reiner Figurant war, ich möchte ſagen: lediglich als Conſtructionsapparat verwandt ward, um die Gültigkeit des Univerſalfideicommiſſes zu retten, wird keiner Ausführung bedürfen.[379a]

---

378) Die fideicommiſſariſche gegen die directe: L. 13 §. 4 L. 14 de test. mil. (29. 1), die directe gegen die fideicommiſſariſche: L. 76 ad. SC. Treb. (36. 1), L. 15 de subst. (28. 6), L. 41 pr. de test. mil. (29. 1).

379) Im übrigen war dieſer Weg freilich kein ganz glücklicher. Denn wie, wenn der Fiduciar vorher verſtarb? wenn er im Ausland war? wenn er ſich abſichtlich nicht betreffen ließ? Die römiſche Jurisprudenz wußte ſich hier nicht Raths, wenigſtens dauerten die Zweifel bis auf Juſtinian (L. 7 §. 1 Cod. ad SC. Trebell. 6. 49) fort, und Ulpian ſah, wie letzterer berichtet, in dieſer Verlegenheit keinen andern Ausweg, als den einer geſetzlichen Beſtimmung, die denn Juſtinian in der That in der angegebenen Stelle dahin traf, daß in dieſen Fällen „ipso jure actiones utiles transferantur".

379a) Darum war es ganz conſequent von Juſtinian, wenn er in der citirten L. 7 pr. auch den Curator eines Wahnſinnigen zur Antretung der Erbſchaft verpflichtete, während derſelbe ſonſt nur eine Bon. Poss. nachſuchen kann.

Die cautio rem pupilli salvam fore verpflichtete den Tutor und ſeine Bürgen für alle Anſprüche aus ſeiner „Geſchäftsführung“; enthielt er ſich derſelben, ſo hafteten weder er, noch die Bürgen. Das war eine fühlbare Lücke. Heutzutage würden wir dieſelbe einfach dadurch ausfüllen, daß wir an Stelle der „Geſchäftsführung“ die „Tutel“ ſetzen, alſo das beſtehende Recht ändern würden. Anders die Römer. Sie erhalten den Satz ſelber dadurch aufrecht, daß ſie den Tutor zwingen, eine Adminiſtrationshandlung vorzunehmen.[380])

Derſelbe Weg iſt von der römiſchen Jurisprudenz in unzähligen andern Fällen eingeſchlagen. Der obrigkeitliche Zwang zur Vornahme einer Handlung diente den Römern als eins der wirkſamſten Mittel der juriſtiſchen Conſtruction. Die Wendung: compellendus est a Praetore, a judice, die ſo oft in den Quellen wiederkehrt, iſt überall der Ausdruck für ein der Freiheit des Subjects entzogenes Verhältniß, bei dem nur in Anſchluß an das frühere Recht die bloße Form der Freiheit: das Handeln der Perſon äußerlich beibehalten wird. Seitdem man angefangen hatte, den Geſchlechtsvormund in gewiſſen Fällen zur Ertheilung ſeiner Auctoritas zu zwingen, hatte man dies Erforderniß in Wirklichkeit umgangen, und es war daher ganz zutreffend, wenn Gajus eine derartige Auctoritas für einen reinen Scheinakt erklärte.[381]) Man hätte ebenſo gut den Satz ausſprechen können: für die und die Geſchäfte ſind die Frauenzimmer fortan von der Tutel befreit; daß man es nicht that, charakteriſirt eben die eigenthümliche Weiſe der römiſchen Technik im Gegenſatz zu unſerer heutigen.

Es wäre eine dankenswerthe Aufgabe, an der Hand dieſes Gedankens alle Verhältniſſe des öffentlichen und Privatrechts einer Durchſicht zu unterziehen, an reicher Ausbeute würde es nicht

380) L. 4 §. 3 Rem pup. (46. 6) . . compellendus igitur erit ad administrationem propterea, ut stipulatione quoque ista possit teneri.

381) Gaj. I. 190 . . in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur.

fehlen.[382] Für meine Zwecke genügt es, wenn ich den Gedanken ſelber und deſſen Bedeutung für unſern gegenwärtigen Geſichtspunkt in das richtige Licht geſetzt habe. Daß das Mittel ein künſtliches war, daß mit dem gegen die Perſonen gerichteten Zwange auch den Rechtsbegriffen Zwang geſchah, wird aus dem Bisherigen erhellen. In den meiſten Fällen waren die erzwungenen Handlungen von den Scheingeſchäften, denen wir uns jetzt zuwenden, wenig verſchieden.

Den Scheingeſchäften haben wir bei einer frühern Gelegenheit (II. 512 fl.) unſere Aufmerkſamkeit zugewandt, der dort angelegte Geſichtspunkt des Formalismus war jedoch keineswegs ausreichend, um die Bedeutung, die ihnen für die Entwicklungsgeſchichte des römiſchen Rechts zukommt, zu erſchöpfen. An gegenwärtiger Stelle betrachten wir ſie vom Standpunkt der juriſtiſchen Technik aus als Mittel für die Zwecke der juriſtiſchen Oekonomie. Von den dort genannten zwei Arten der Scheingeſchäfte: den originären und reſiduären ſcheiden daher die letztern, als jeglicher techniſcher Bedeutung bar, von unſerer Betrachtung aus; ſie ſind nichts als abgeſtorbene Stücke des früheren Rechts, denen nur die hiſtoriſche Vis inertiä ein äußerliches Scheindaſein gefriſtet hat. Der Ausdruck: Scheingeſchäft bezieht ſich daher im Folgenden lediglich auf die erſtgenannte Art.

---

382) So z. B. im öffentlichen Recht: die lex Maenia über die Ertheilung der auctoritas patrum — ein würdiges Seitenſtück zu der obigen auctoritas des Tutor — der Zwang zur Abdication des Magiſtrats; im Proceß: die Klage mit Vorbehalt der Compenſation (S. 79: cogitur, jubetur), der Verzicht auf die dem Kläger ſonſt noch zuſtändige, auf denſelben Zweck gerichtete Klage (Vorläufer der exc. doli bei der Concurrenz der Klagen), L. 9 pr. de novat. (46. 2), L. 10 §. 1 de pact. (2. 14) Vorbehalt zukünftiger Anſprüche im Proceß (S. 249), Theilung der Klage Gaj. III. 122, Zwang des Procurators L. 8 §. 3 seq. de proc. (3. 3); im Familienrecht: Aufhebung der manus bei der Eheſcheidung. Gaj. I. 137a. Conſens zur Ehe der Kinder L. 19 de R. N. (23. 2), der Fall der L. 9 §. 1 de J. D. (23. 3); im Obligationenrecht Ceſſionszwang (Vorläufer der act. utilis, L. 1 §. 13 de tut. et rat. 27. 3, L. 57 de leg. I. 30) und unzählige andere Fälle.

Das Scheingeschäft in diesem engern Sinne hat eine große Aehnlichkeit mit gewissen Scheinhandlungen des gewöhnlichen Lebens, die ich früher mit dem Ausdruck: *simulirte Geschäfte* bezeichnet habe.[383] Bei beiden ist der vorgenannte Akt ein reiner Scheinakt, dem die innere Absicht nicht entspricht, aber die Scheingeschäfte sind *Rechtsformen*, wie alle andern, nur mit eigenthümlich zugeschnittener Form, die simulirten Geschäfte hingegen sind einzelne Handlungen, jene gehören dem *Rechte* an, haben eine *abstracte*, diese lediglich eine *concrete* Existenz. Ein fernerer Unterschied ist der, daß jedes simulirte Geschäft eine Täuschung beabsichtigt. Die wahre Gestalt des Geschäfts soll den Blicken Dritter oder der Obrigkeit entzogen werden, zu dem Ende hängt man ihm ein falsches Gewand um, z. B. der Schenkung das des Kaufs. Der Zweck dieser Täuschung kann in der Verhüllung eines *rechtswidrigen* Handelns bestehen, er kann aber auch lediglich dahin gehen, ein durchaus erlaubtes Geschäft vor der unberufenen Neugierde unbetheiligter Dritter sicher zu stellen. Auf eine solche Verschleierung ist es bei dem *Scheingeschäft* durchaus nicht abgesehen. Jeder weiß, was es bedeutet, auch die Obrigkeit, wo sie, wie z. B. bei der römischen in jure cessio, ihre Hand dazu bietet. Der Zweck des Scheingeschäfts ist rein technischer Art: Erreichung eines vom Recht selber gebilligten Zweckes durch eine etwas gewaltsame Anwendung der vorhandenen Mittel, — die Scheingeschäfte waren *juristische Nothlügen*. Allerdings mögen manche derselben aus ursprünglich simulirten Geschäften des Lebens hervorgegangen sein, wie ja auch das Gewohnheitsrecht sich auf Grundlage einzelner Handlungen bildet. Als zuerst eine Frau auf die Idee kam, eine Scheinehe einzugehen, um einen der Zwecke zu erzielen, zu denen die coemptio fiduciae causa diente (s. u.), war

383) Bei der sachlichen Verschiedenheit beider sind auch verschiedene Namen nöthig — ein Bedürfniß, das die Römer freilich nicht gefühlt haben, indem sie für beide dieselben Ausdrücke: imaginarius (bei Liv. 40, 8: imagines juris), simulatus, fictus, dicis causa u. a. benutzen, s. das Material bei Dirksen Manuale latinitatis etc. unter den genannten Worten.

dies ein ſimulirtes Geſchäft;[383a]) als die Einſchlagung dieſes Weges allgemein geworden und gewohnheitsrechtliche Sanction erhalten hatte, war es ein Scheingeſchäft. Aber durch dieſe hiſtoriſche Berührung beider, die ſich übrigens auch nicht bei allen wiederholt, wird ihr begrifflicher Unterſchied eben ſo wenig alterirt, als dadurch, daß manche Gewohnheit im Laufe der Zeit zu einem Gewohnheitsrechte führt, der Unterſchied zwiſchen dieſen beiden Begriffen. Praktiſch äußerte ſich dieſe Verſchiedenheit daran, daß ein ſimulirtes Geſchäft, wenn es von einer der Partheien angefochten ward, vom Richter für nichtig erklärt werden mußte, während das Scheingeſchäft vermöge der gewohnheitsrechtlichen Sanction, die es erhalten hatte, unanfechtbar war.

Der Verlauf unſeres Werkes hat uns bereits mannigfache Beiſpiele der Scheingeſchäfte und damit einen Theil des Materials geliefert, deſſen wir für die folgende Unterſuchung benöthigen. Dahin gehören: die mancipatio (II. 512 fl.), ſelbſt in Anwendung auf ihren urſprünglichen Anwendungskreis: die res mancipi, ein Scheingeſchäft, in Anwendung auf das Teſtament aber ein Scheingeſchäft in zweiter Potenz (daſelbſt 517); die Hingabe des Hauskindes ins Mancipium zur Vorbereitung der Emancipation und Adoption (daſ. 174); die in jure cessio (daſ. 534 fl.) und die sponsio praejudicialis (daſ. 514 Note 685). Außerdem verdienen noch genannt zu werden das nexum und die nexi liberatio, d. i. die Begründung und Aufhebung einer Geldſchuld durch eine ſolenne, vor 5 Zeugen und dem Libripens vorgenom-

---

383a) Wenn Karlowa, Die Formen der römiſchen Ehe und Manus, Bonn 1868 S. 89 dieſe Bezeichnung nicht zutreffend findet, in dem obigen Fall vielmehr das von mir (II. 512) conſtatirte Verhältniß eines ethiſchen Mißbrauchs eines Rechtsinſtituts erblicken will, ſo kann ich meinerſeits mich unmöglich zu der Annahme verſtehen, daß eine römiſche Frau in einem ſolchen Fall geneigt geweſen ſein dürfte, ihrem Gatten in partibus infidelium die Rechte eines wirklichen Ehemannes zuzugeſtehen, bin vielmehr der Ueberzeugung, daß beide Theile im voraus darüber einverſtanden waren, daß hier nur eine bloße Comödie geſpielt werden ſollte.

mene Scheinzahlung, [384]) die coemptio fiduciae causa und zwei problematische Fälle der Scheinadoption. Die Betrachtung der letztern setze ich aus, bis uns die folgende Untersuchung einen sichern Maßstab für die Beurtheilung ihrer Scheingeschäftsnatur verschafft hat, dagegen schalte ich die coemptio fiduciae causa, gerade um diesen Zweck zu fördern, an dieser Stelle ein.

Dieselbe ist sicherlich eins der jüngsten Scheingeschäfte, denn die Zwecke, deretwegen die Frauenwelt Roms sich ihrer bediente: Befreiung von den sacris, Wechsel des Geschlechtsvormundes und Erlangung der Testirbefugniß weisen unverkennbar einerseits auf die Zeiten des Verfalls der religiösen Einrichtungen und andererseits auf die Periode der socialen Emancipation des weiblichen Geschlechts hin. Das Geschäft bestand aus drei Akten: 1. der coemptio fiduciae causa, wornach das ganze Geschäft seinen Namen hatte, d. h. Eingehung einer Manus-Ehe in der gewöhnlichen Form der coemptio, mit der Nebenberedung der Remancipation, — 2. der remancipatio fiduciae causa, d. h. dem Verkauf der Frau ins Mancipium mit der Nebenberedung der Freilassung — und 3. dieser Freilassung selber.

Mit obigen drei Zwecken, und zwar zunächst mit dem ersten, der Befreiung von den sacris, hat es folgende Bewandniß. [385]) Die Ehefrau übertrug, indem sie in die Manus des Mannes trat, auf ihn ihre sacra, die bei letzterem auch dann verblieben, wenn die Frau in Folge einer capitis deminutio aus diesem Verhältniß schied, mit seinem Tode aber, wir wissen nicht, ob unter oder auf die Erben übergingen. Jedenfalls war ersteres dann der Fall, wenn der Nachlaß keinen Erben fand. Damit war in der Zeit der Frivolität, als man die sacra nur noch unter dem Gesichtspunkt einer Last betrachtete, den Frauenzimmern der Weg ge-

384) Gelegentlich bereits berührt, II. 527, 608; bei der Geschichte des römischen Obligationsbegriffs werde ich auf sie zurückkommen.

385) Cic. pro Murena 12. Savigny über die juriſt. Behandlung der sacra privata in Verm. Schriften I. S. 180 fl. (erster Abdruck: Zeitschr. f. gesch. R. W. II. S. 387 fl.).

wieſen, wie ſie ſich mit verhältnißmäßig geringen Unkoſten von dieſer Laſt Zeit Lebens befreien konnten. Sie gewannen als Coemptionator einen alten Knaben, der ſchon mit einem Fuß im Grabe ſtand, und dem ſie außer der Vergütung für dieſen Dienſt die nöthigen Mittel zur Beſtreitung der sacra bis zu ſeinem Lebensende vorſtreckten, oder der wohl gar wegen notoriſcher Armuth oder Gebrechlichkeit die Erfüllung dieſer Verpflichtung einfach von ſich abzulehnen im Stande war. Am billigſten kam die Frau dazu, wenn ſie ſich auf dem Sklavenmarkt im eigentlichen Sinne des Wortes einen ſolchen Laſtträger *kaufte*; ſie ließ ihn frei und führte mit ihm als ihrem Freigelaſſenen, dem ſie keine guten Worte und kein Geld zu geben hatte,[386]) die obige Farce auf. Ein Todeskandidat, wie ſie ihn nöthig hatte, war für wenig Geld zu haben, die Verwendung für dieſe Rolle eines »senex coemptionalis« war die einzige, für die er noch zu gebrauchen war. Niemand machte der Frau Concurrenz.[387])

---

386) Das civile Seitenſtück zu dieſem ſacralen Laſtträger iſt der von ſeinem Herrn in der Abſicht, um nach ſeinem Tode auf ihn den Schimpf des Concurſes abzuladen, zum Erben eingeſetzte eigene oder zu dem Zweck ebenfalls erſt gekaufte Sklave. Gaj. II. 154.

387) In dieſer Weiſe vereinigen ſich meiner Anſicht nach die „senes ad coemptiones faciendas reperti" bei Cic. pro Murena 12 mit den als *Sklaven* gedachten „senes coemptionales" bei Cic. ad fam. VII. 29 und Plaut. Bacch. IV. 9, 52 — eine Vereinigung, deren Möglichkeit *Savigny* a. a. O. S. 181 ſchwerlich vorgeſchwebt haben wird, als er den Gedanken, beide Arten von senes auf denſelben Zweck zu beziehen, ſo entſchieden verwarf. Die „senes coemptionales" ſollen „alte unbrauchbare" Sklaven geweſen ſein, die man „in größerer Anzahl" gekauft oder ſie bei dem Kauf eines jungen mit in den Kauf gegeben habe. Es wird nicht nöthig ſein, das Unhaltbare dieſer mit einer völlig unerfindlichen Bedeutung von „coemptionalis" (co — emere = zuſammen kaufen) operirenden Erklärung nachzuweiſen, es genüge die einfache Frage: wozu hätte Jemand ſolche Invaliden in größerer Anzahl kaufen ſollen? Etwa um ein Spital anzulegen, ſie bis an ihr ſeliges Ende zu füttern und begraben zu laſſen? Die einzige Brauchbarkeit und damit der einzige Handelswerth, den ſolche decrepite Individuen denkbarer Weiſe haben konnten, war der als senes coemptionales in dem von mir im Text entwickelten Sinn. Die dieſen senes von Manchen beigelegte ſymboliſche Be-

Die Geschlechtsvormundschaft der Agnaten hatte bekanntlich den ausgesprochenen Zweck, dieselben zu Wächtern über das Vermögen der Frau zu bestellen, und dadurch ihnen das Mittel zu gewähren, ihre eventuellen Erbansprüche selber zu sichern. Eine solche Einrichtung, die der Frau im Wesentlichen die Stellung einer Nießbraucherin anwies, hatte für die Auffassung der alten Zeit nichts Widerstrebendes, mit den freien Ideen der spätern Zeit vertrug sie sich nicht. Die Form, in der letztere ihre Opposition dagegen praktisch bethätigte und die endliche Aufhebung des Instituts unter Claudius vorbereitete, war die von Cicero[388]) als eine Erfindung der Juristen bezeichnete Coemptio zum Zweck des Wechsels der Tutel.[389]) Die Anlage derselben beruhte darauf, daß durch die mit der coemptio verbundene capitis deminutio die legitima tutela der Agnaten unterging, und daß der, welcher eine eines Tutors bedürftige Person aus dem Mancipium freiließ, als Quasipatron ihr Vormund ward. Die stillschweigende Voraussetzung ihrer Wirksamkeit war die nöthigenfalls durch Zwang zu realisirende Verpflichtung der Agnaten zur Ertheilung der Auctoritas bei einer Manusehe ihrer Pflegbefohlenen.[390]) Ohne diese Voraussetzung würde das Mittel, um an Stelle des unbequemen

---

deutung (um die mangelnde Ernstlichkeit der Ehe anzudeuten) verträgt sich als accessorischer Zweck sehr wohl damit.

388) Cic. pro Mur. 12 . . hi invenerunt genera tutorum, qui potestate mulierum continerentur.

389) Rudorff Das Recht der Vormundschaft B. 1 S. 231—234.

390) Ob schon nach älterem Recht, darüber s. II. 178. Die coemptio testamenti faciendi gratia macht ganz dieselbe Voraussetzung nöthig. Welcher Agnat würde freiwillig seine Zustimmung zu einem Akt ertheilt haben, dessen ausgesprochener Zweck es war, ihn seines Intestaterbrechts zu berauben? Zu den Fällen, wo nach Gaj. I. 190 der Geschlechtstutor saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur, wird auch die coemptio fiduciae causa gehört haben. — Eine abweichende Ansicht ist jetzt von Karlowa a. a. O. S. 102 fl. aufgestellt, allein gerade der „plötzliche schneidende Eingriff der lex Claudia", den seine Auffassung genöthigt ist anzunehmen, hat mich zu der meinigen geführt, welche diese Maßregel allmählig im Leben sich vorbereiten läßt, s. Note 392, 393.

Agnaten einen gefügigen andern Vormund zu erhalten, nur dann zum Ziel geführt haben, wenn jener ſelber damit einverſtanden geweſen wäre, für dieſen Fall aber gab es eine einfachere Form: die in jure cessio der tutela legitima.[391]) Der Hergang war ganz der oben beſchriebene, die einzige Abweichung beſtand darin, daß der Nachdruck des Geſchäfts hier nicht auf der Perſon des Coemptionators, ſondern auf der des Dritten ruhte, welcher die Frau freilaſſen und dadurch ihr Vormund werden ſollte. Daß die Frau ſich zu dieſer Rolle eine ſolche Perſönlichkeit ausſuchte, deren ſie ſich in allen Dingen verſichert halten konnte, bedarf ebenſowenig der Bemerkung, als daß ſchon die bloße Androhung jenes Aktes ausreichen konnte, um einen ſtarrſinnigen Agnaten geſchmeidiger zu machen oder ihn zur Ceſſion der Tutel an die von der Frau gewünſchte Perſon zu beſtimmen.

Der Nachlaß einer Frau, die in ihrer urſprünglichen oder der angeheiratheten Familie verblieben war, fiel ihren Verwandten zu und konnte ihnen durch Teſtament nicht entzogen werden, ſelbſt dann nicht, als mit dem Aufkommen des testamentum per aes et libram das formelle Hinderniß, das dem Teſtament der Frau bis dahin entgegengeſtanden hatte, beſeitigt worden war. Dieſelbe Rückſicht aber, welche dieſer Beſchränkung und zugleich der Geſchlechtsvormundſchaft der Agnaten zu Grunde lag: die Erhaltung des Vermögens im Mannsſtamm, brachte es mit ſich, einer Frau, die durch capitis deminutio aus dem Verbande ihrer Familie geſchieden und sui juris geworden war, umgekehrt das Recht der Teſtamentserrichtung einzuräumen, um ihr dadurch das Mittel zu gewähren, ihren Nachlaß an ihre urſprünglichen Verwandten zurückzubringen. An dieſen Satz: daß eine derartige capitis deminutio der Frau das Recht der Teſtamentserrichtung verſchaffe, knüpfte man an, als man auch jene dem weiblichen Geſchlecht gezogene Schranke beſeitigen wollte. Es kam darauf an, die Frau in ein Scheinmancipium zu bringen, um damit die Freilaſſung der-

391) Ulp. XI. 6—8.

ſelben zu ermöglichen. Da aber eine gewaltfreie Perſon weder ſich ſelber ins Mancipium geben, noch auch durch ihre Tutoren hineingebracht werden konnte, ſo bedurfte es zu dem Ende des Durchganges durch eins der Gewaltverhältniſſe, mit denen das Recht des Verkaufs ins Mancipium verbunden war, die manus oder die väterliche Gewalt, und da wiederum eine Arrogation von Frauenzimmern, ganz abgeſehen von der Form ihrer Vornahme, aus ſachlichen Gründen ausgeſchloſſen war, indem die Frau den Familiennamen nicht fortpflanzen konnte, ſo blieb die manus, d. i. die Scheinehe, allein übrig. Mittelſt dieſer Benutzung eines den Intereſſen der Verwandten urſprünglich eher günſtigen als nachtheiligen Satzes zu dem gerade entgegengeſetzten Zweck war der Erbrechtszwang derſelben nach dem, was oben über die Nothwendigkeit der Ertheilung der tutoris auctoritas geſagt iſt, praktiſch ſo gut wie beſeitigt. Es begreift ſich, daß die Agnatentutel, nachdem ſie ihren ganzen Werth als Sicherungsmittel des agnatiſchen Erbrechts eingebüßt hatte, ſchließlich durch Claudius gänzlich aufgehoben ward;[392] ein Senatusconſult unter Hadrian that daſſelbe rückſichtlich der coemptio testamenti faciendi gratia.[393]

Ueber den hiſtoriſchen Urſprung der Scheingeſchäfte iſt neuerdings eine Anſicht[394] aufgeſtellt, die ich nicht für richtig halte. Das Scheingeſchäft ſoll gleich der Fiction zuerſt auf dem Gebiete des religiöſen Cultus und geiſtlichen Rechts aufgetaucht und von dort auf das des profanen Rechts übertragen ſein. Die dafür beigebrachten poſitiven Zeugniſſe beweiſen lediglich, was wir bereits wußten und was von Niemanden mehr als von mir betont worden iſt (I. 352, II. 383), nämlich daß, ſo wie die ganze Methode der Behandlung, ſo auch die Scheingeſchäfte und Fictionen

392) Gaj. I. 171.

393) Gaj. I. 115ª.

394) Demelius Die Rechtsfiction in ihrer geſchichtlichen und dogmatiſchen Bedeutung. Weimar 1858. §. 1—4. Der Verf. ſtellt zwar ſeine Anſicht nur für die Fictionen auf, die Beiſpiele aber, mit denen er ſie belegt, ſind größtentheils Scheingeſchäfte.

ſich auf beiden Gebieten wiederholten, in keiner Weiſe aber, daß dieſelben auf einem der beiden Gebiete früher zum Vorſchein gekommen ſeien, als auf dem andern. Allgemeine Gründe unterſtützen das angenommene Prioritätsverhältniß ſo wenig, daß ſie eher für das Gegentheil ſprechen würden. Beide, die Scheingeſchäfte wie die Fictionen, ſind die einer gewiſſen Culturepoche eigenthümlichen Formen des Fortſchritts. Niemand aber wird doch wohl darüber in Zweifel ſein, daß das profane Recht dem Fortſchritt[395] ungleich zugänglicher war, als das geiſtliche, daß alſo, wenn eins von beiden zuerſt die Formen ausgebildet haben ſoll, in denen er Statt fand, dies nur das profane Recht geweſen ſein kann. Es gilt von dieſer Anſicht ganz daſſelbe, was ich früher (II. 640 fl.) von einer ganz verwandten geſagt habe, die den Urſprung der Legisactionen in dieſelbe Region verſetzt; beide begehen den Fehler, daß ſie für eine Erſcheinung von allgemein culturhiſtoriſcher Nothwendigkeit noch eine äußere, nur für Rom zutreffende Erklärung für nöthig halten. Die Scheingeſchäfte und Fictionen ſind ebenſowenig wie die ſtarren Formeln des Proceſſes etwas dem römiſchen Rechte Eigenthümliches, ſie wiederholen ſich auf einer gewiſſen Culturſtufe überall, wofür insbeſondere die Geſchichte des engliſchen Rechts die lehrreichſten Beiſpiele liefert; mit Zurücklegung derſelben ſterben ſie mehr und mehr ab und verlieren ſich endlich völlig.

Dieſe Wahrnehmung muß die Ueberzeugung in uns hervorrufen, daß nicht die Frage nach dem Urſprung, der äußern hiſtoriſchen Entſtehung, ſondern die nach dem Grunde der Scheingeſchäfte die eigentlich entſcheidende iſt. Mögen immerhin manche

---

395) Dirkſen, Verſuche zur Kritik und Auslegung S. 7: „Nicht genug daß ſich die Formeln des geiſtlichen Rechts vor allen andern Formularen am längſten in ihrer alterthümlichen Geſtalt und Bedeutung erhalten und am wenigſten eine ſpätere Beimiſchung von fremdartigem Stoff zu erdulden gehabt hatten; dieſelben ſcheinen auch in ihrer erſten Begründung ſo wie bei fortſchreitender Entwicklung nicht eben dem Einfluß äußerer Umſtände ausgeſetzt geweſen zu ſein.“

derselben der Absicht der Umgehung unbequemer Gesetze ihren Ursprung verdanken, also aus ursprünglich simulirten Geschäften des Lebens hervorgegangen sein, die sich erst auf dem langsamen Wege gewohnheitsrechtlicher Bildung zum Range rechtlich anerkannter Geschäftsformen erhoben, andere sofort als solche von der Jurisprudenz ins Leben gerufen worden sein, darauf kommt Nichts an. In beiden Fällen wirft sich gleichmäßig die Frage auf, was die Jurisprudenz zur Billigung oder Wahl so seltsamer Formen veranlassen konnte. Von dem von uns gewonnenen Standpunkt aus kann die Antwort auf diese Frage nicht zweifelhaft sein. Die Scheingeschäfte waren nur eins der vielen Mittel, welche die römischen Juristen anwandten, um neu auftauchende Bedürfnisse des Lebens mit den vorhandenen Mitteln zu befriedigen. Der Vorwurf, den Cicero, der sich auch diesen bequemen Stoff, die Jurisprudenz vor dem großen Haufen herabzusetzen, nicht entgehen ließ — der Vorwurf also, den Cicero den Juristen macht: sie hätten mittelst der Scheingeschäfte das ältere Recht fraudulöser Weise umgangen,[395a]) wird keiner ernstlichen Widerlegung bedürfen, zum Ueberfluß verweise ich auf das, was ich bereits früher (II. Note 636) dagegen bemerkt habe.

Der einzige Punkt, der uns zu einem genaueren Eingehen Veranlassung bietet, ist der praktische Mechanismus des Scheingeschäfts.

Ich habe früher die „künstlichen Mittel" der juristischen Oekonomie als solche bezeichnet, bei denen dem Rechtsbegriff Gewalt angethan, bei denen er in widernatürlicher Weise gespannt werde. Bei dem Scheingeschäft besteht diese Spannung darin, daß dasselbe, um gewisse Wirkungen, auf die es abgesehen ist, zu erzielen, ein anderes Geschäft oder Verhältniß, in welchem dieselben als einzelne Momente des gesammten Inhalts, sei es als *Zweck*, oder als bloße *Folge* und gar als *Strafe* enthalten sind, in der Weise

395a) Cic. pro Murena 12. Dieser Vorwurf reiht sich dem Urtheil Cicero's über das Formelwesen, die Wortinterpretation (II. Note 610 u. 612) und die Fictionen (s. u.) würdig an.

verwendet, daß es lediglich dieſe einzelne Wirkung herausgreift, die übrigen aber fallen läßt. Es iſt derſelbe Kunſtgriff, den wir bereits bei ſo manchen der im §. 57 genannten Fälle haben kennen lernen.

An die Ehe hatte die lex Julia und Papia Poppaea gewiſſe Vortheile geknüpft. Um dieſer einen Wirkung theilhaftig zu werden, ging man eine Ehe ein, bei der beide Theile ſich darüber verſtändigten, daß alle übrigen Wirkungen ausgeſchloſſen ſein ſollten. In derſelben Weiſe verfährt die coemptio fiduciae causa. Wie weit jene Möglichkeit der Auslöſung einer einzelnen Wirkung gerade bei ihr reichte, beweiſt am beſten der Umſtand, daß die drei Zwecke, für welche ſie verwandt ward, als drei verſchiedene Anwendungsfälle oder Arten derſelben bezeichnet werden, woraus hervorgeht, daß jeder derſelben ſelbſtändig ohne die andern erreicht werden konnte. Eine Frau mochte den Wunſch hegen, einen andern Geſchlechtsvormund zu erhalten oder ein Teſtament zu errichten, aber ſie war keineswegs gewillt, ihre sacra aufzugeben. Wären nothwendigerweiſe ſämmtliche Wirkungen der coemptio eingetreten, ſo hätte ſie das eine ohne das andere gar nicht gekonnt. Das Recht legte ihr kein Hinderniß in den Weg.

Der Richter, der über einen bedingten Anſpruch ein Urtheil fällt, erkennt damit zugleich über die Exiſtenz der Bedingung. Dieſen letztern Punkt greift die sponsio praejudicialis heraus, um in Form des bedingten Geldverſprechens gewiſſe Fragen indirect zur richterlichen Beurtheilung zu bringen. Die Wirkung des Urtheils beſchränkt ſich auf Feſtſtellung dieſer Fragen, der directe Inhalt deſſelben: die Verurtheilung auf die verſprochene Summe erlangt keine Rechtskraft.

Dem älteſten Recht war die Entlaſſung der Kinder aus der väterlichen Gewalt fremd. Nur wenn der Vater den Sohn drei Mal, Tochter und Enkel ein Mal ins Mancipium gegeben hatte, ſollten ſie für immer frei von ihm werden — eine Beſtimmung, die offenbar als Strafe, jedenfalls als eine nachtheilige, vom Vater nichts weniger als gewünſchte Folge gemeint war. Dieſe Folge ergreift die Emancipation als Zweck, indem ſie, um die Befreiung

des Kindes zu vermitteln, das Kind durch das Mancipium hindurchführt. Von den Wirkungen des Mancipiums sollte aber bloß die eine: die damit verknüpfte Möglichkeit der Freilassung eintreten; der Fiduciar, der das Kind zu Dienstleistungen hätte zwingen wollen, würde ebensowenig rechtlichen Schutz gefunden haben, als der Sieger bei der sponsio praejudicialis, wenn er die versprochene Summe hätte einklagen wollen. In einer andern Richtung war freilich diese Isolirungsidee bei der Emancipation weniger verwerthet, als in den beiden obigen Fällen, insbesondere bei der coemptio fiduciae causa. Während bei letzterer die Frau, um die eine der drei Wirkungen zu erzielen, nicht nöthig hatte, die beiden andern mit in den Kauf zu nehmen, traten bei der Emancipation sämmtliche Wirkungen ein, selbst wenn sie über die Absicht der Partheien weit hinausgingen, wie dies regelmäßig mit dem Verlust des civilen Erbrechts der Fall gewesen sein mag. Eine Emancipation lediglich für einen speciellen Zweck nach Art der coemptio fiduciae causa gab es nicht. Was mag Ursache gewesen sein, daß erstere hinter letzterer so weit zurückgeblieben ist? Ist es der Umstand, daß letztere aus einer Zeit stammt, wo man die Scheingeschäfte bereits mit größerer Freiheit behandelte? Mehr Wahrscheinlichkeit hat mir ein anderer Grund. Wer durch die Emancipation dem Kinde bloß die selbständige Stellung eines homo sui juris einräumen wollte, ohne dasselbe seines Erbrechts zu berauben, hatte im Testament das Mittel in Händen, das durch die capitis deminutio verloren gegangene Intestaterbrecht in anderer Form wieder zu gewähren. In Ergänzung des muthmaßlichen Willens des Vaters gab, wenn die Benutzung dieses Mittels versäumt war, später der Prätor dem emancipirten Kinde eine Bonorum Possessio, die also der Unbeholfenheit der Emancipation, wenn ich so sagen darf, nachhalf, indem sie letztere auf diejenige Wirkung beschränkte, die in den bei weitem meisten Fällen die allein beabsichtigte war: die Verleihung der Stellung des pater familias.

Die Spannung bei der Emancipation äußerte sich daher nicht

ſowohl in ihren Wirkungen, als in der Art, wie dieſelben erzielt wurden: in der Erfaſſung einer Strafe als Zweck und der Verwendung des Mancipiums lediglich zur Erzeugung einer einzelnen Wirkung. Daſſelbe wiederholt ſich bei einigen andern Scheingeſchäften. Die mancipatio, das nexum, die in jure cessio erzeugten ganz dieſelben Wirkungen, wie der ernſtliche Kauf, das ernſtliche Darlehn, das Urtheil im Vindicationsproceß. Das, worin jene Nachbildungen hinter dem Original zurückblieben, lag hier lediglich in der Art, wie die Wirkungen herbeigeführt wurden, darin nämlich, daß man den Mangel der wirklichen Vorausſetzungen auf künſtlichem Wege durch Scheinzahlung und Scheinproceß ergänzte. Alle Scheingeſchäfte, mögen ſie nun an den Wirkungen oder Vorausſetzungen kürzen, kommen mithin darin überein, daß bei ihnen etwas fehlt, was dem vorbildlichen Geſchäft weſentlich iſt, daß ſie nicht ſowohl eine Anwendung, als vielmehr eine bloße, mitunter höchſt äußerliche Anknüpfung an daſſelbe enthalten.

Dieſen Geſichtspunkt darf man bei der Beurtheilung der Scheingeſchäfte nie aus den Augen laſſen. In welchem Maße er ihren Urhebern ſelber vorgeſchwebt hat, davon hat zwar die bisherige Entwicklung bereits manche Zeugniſſe beigebracht,[396]) allein ich darf es nicht unterlaſſen, dieſen Punkt in ein noch helleres Licht zu ſetzen.

Ich faſſe meine Anſicht in den Satz zuſammen: Das Scheingeſchäft iſt mit dem originären hiſtoriſch, nicht dogmatiſch verbunden. Es iſt aus letzterem hervorgegangen, aber nicht wie ein Zweig, der dauernd mit dem Stamm zuſammenhängt, ſondern wie der Schößling, der ſelbſtändiges Daſein gewonnen hat. Oder minder bildlich geſprochen: die Theorie des originären Geſchäfts iſt nicht die des Scheingeſchäfts, letzteres hat ſeine eigene, die von jener nicht ſelten in den weſentlichſten Punkten abweicht und darum auch durch die Veränderungen, die mit jener vor ſich gehen, nicht

396) S. auch II. 520.

betroffen wird.[397]) Der praktiſche Werth des Scheingeſchäfts beruhte auf der Freiheit, mit der die Juriſten die Rechtsſätze des originären dem Scheingeſchäft adaptirten, ſie änderten und ausſchloſſen, kurz auf ſeiner dogmatiſchen Unabhängigkeit und Selbſtändigkeit. Möglich, daß dieſe Eigenſchaft für manche Scheingeſchäfte erſt nach und nach gewonnen ward, aber nicht minder gewiß, daß andere ſie von vornherein mit zur Welt brachten. Das testamentum per aes et libram war ein von der mancipatio abgezweigtes Scheingeſchäft. Die mancipatio gewährte ein unwiderrufliches Recht. Wer möchte glauben, daß dieſer Satz jemals beim Mancipationsteſtament zur Anwendung gelangt ſei? Damit wäre daſſelbe ſeiner ganzen Brauchbarkeit beraubt worden, es hätte aufgehört zu ſein, was es von jeher war: ein Teſtament, und wäre in eine unwiderrufliche letztwillige Verfügung, einen Erbvertrag übergegangen. Bei der wirklichen coemptio fiel dem Manne das ganze Vermögen der Frau zu, und umgekehrt beerbte ſie ihn, wenn er ſtarb. Wie ungeſchickt wäre es geweſen, wenn man beide Sätze auf die coemptio fiduciae causa hätte übertragen wollen! Daß es nicht geſchehen iſt, wird uns ausdrücklich bezeugt.[398]) Das Urtheil erzeugte nur Wirkungen unter den Partheien, ſo auch das Urtheil im Vindicationsproceß. Die in jure cessio dagegen reichte weiter, ſie wirkte abſolut, in einem ſpeciellen Fall: bei der tutela legitima mulierum aber blieb ſie umgekehrt hinter der vindicatio zurück, ihre Wirkung erloſch mit dem Tode und der capitis deminutio des Cedenten.[399]) Eine Vindication der Erbſchaft war erſt nach der Antretung möglich, eine in jure cessio derſelben nur vor der Antretung und auch dies nur bei der hereditas legitima.

---

397) Ob z. B. der ernſtliche Verkauf der Frau ins Mancipium ſchon früh unterſagt ward, relevirte nichts für den Scheinverkauf.

398) Erſteres: Gaj. II. 98: sive quam in manum ut uxorem receperimus; letzteres: Gaj. I. 115b, 118.

399) Ulp. XI. 7.

Doch genug der Belege für eine Behauptung, die Jedem, der von dem praktiſchen Takt der römiſchen Juriſten eine Vorſtellung hat, kaum eines Beweiſes bedürfen wird. So wenig wie ſie ſich bei der Interpretation der Geſetze blindlings dem Buchſtaben gefangen gaben, unbekümmert um das praktiſche Reſultat, das zu Tage kam (II. 444), ſo wenig bei dem Scheingeſchäfte der leidigen Conſequenz. Wo dieſelbe zu Reſultaten führte, die, obſchon durch den Zweck des Scheingeſchäfts nicht gerade geboten, doch mit demſelben wenigſtens nicht in Widerſpruch traten, vergönnten ſie ihr freien Spielraum; über dieſe Gränze hinaus verſperrten ſie ihr den Weg. Eben daß die Juriſten dies thaten, daß ſie die Theorie des Scheingeſchäfts in der Weiſe geſtalteten, wie ſie dem Zweck deſſelben entſprach, daß es alſo nicht erſt Sache der Partheien war, alle unbequemen Wirkungen, die das originäre Geſchäft in ſeiner wirklichen Anwendung erzeugte, auf allerhand Umwegen zu beſeitigen — eben dieſer Umſtand enthält in meinen Augen die eigentliche Signatur des Scheingeſchäfts und damit zugleich das ſpecifiſche Merkmal, welches die Scheingeſchäfte des Rechts von den Schleichwegen des Lebens den ſimulirten Geſchäften unterſcheidet.[400] Th. Mommſen hat das Scheingeſchäft als denatu-

---

400) Wenn Th. Mommſen Röm. Forſchungen Aufl. 2 S. 408 die Behauptung aufſtellt, daß die Partheien „in dem einen wie in dem andern Fall ganz unter denſelben Rechtsſatzungen geſtanden hätten, aber bei den denaturirten Geſchäften ſich auf dieſem oder jenem Wege denjenigen thatſächlichen Conſequenzen entzogen hätten, um derentwillen jene Satzungen aufgeſtellt worden ſeien, oder daß beide Arten von Geſchäften ſich nicht durch die Verſchiedenheit der Rechtsfolgen, ſondern lediglich der thatſächlichen Folgen unterſchieden hätten", ſo geht aus der Limitation, die er ſofort hinzufügt: „daß bei denjenigen Scheinformen, die das Recht tolerirt und weiter entwickelt, allmählig auch die rechtlichen Conſequenzen mehr oder minder alterirt worden ſeien", hervor, daß er der im Text entwickelten Auffaſſung nicht ſo fern ſteht, als es jenen Aeußerungen nach ſcheinen möchte. Auch L. Lange, der gerade am wenigſten Veranlaſſung gehabt hätte, dieſe Anſicht ſeines Gegners gelten zu laſſen (ſ. unten), ſpricht von einer „principiellen Unterſchiedsloſigkeit des ernſthaften und des Scheingeſchäfts" (S. 39, 40 der in der folgenden Note citirten Schrift).

virtes bezeichnet, und ich halte dieſen Ausdruck für einen ganz treffenden. Aber die Denaturation beruhte nicht darin, worein er ſie ſetzt, nämlich daß nur die Partheien im einzelnen Fall das Geſchäft verrenkt hätten — dies hätte die Natur, den Begriff des Geſchäfts ſelber nicht weiter berührt — ſondern darin, daß das Recht ſelber es that, m. a. W. daß eine neue Geſchäftsform geſchaffen ward.

Die bisherige Ausführung war, ganz abgeſehen von dem Intereſſe, das ſie an ſich hat, auch zu dem Zweck nöthig, um ein Scheingeſchäft, auf das man erſt neuerdings aufmerkſam geworden iſt, dem aber von dem ſo eben genannten Gelehrten ſeine Legitimation als Scheingeſchäft beſtritten iſt, unter die Zahl derſelben aufnehmen zu können und damit einen werthvollen Beitrag für die oben entwickelte Theorie der Scheingeſchäfte zu gewinnen. Dies iſt die Verwendung der arrogatio als Form des Uebertritts eines Patriciers zu den Plebejern (transitio ad plebem).[401])

Der Sohn des Plebejers war wiederum Plebejer. Ein Patricier, der zur Plebs übertreten wollte, um damit die Fähigkeit zur Bekleidung des Tribunats zu erlangen, brauchte ſich alſo zu dem Zweck nur von einem Plebejer arrogiren oder, wenn er Hausſohn war, adoptiren zu laſſen, was wenn auch ſchwerlich in älteſter, doch jedenfalls ſchon in der guten Zeit der Republik möglich war.

---

401) So viel ich weiß, hat zuerſt Becker, Röm. Alterth. II. S. 156 die Arrogation als den einzigen und ausſchließlichen Weg der transitio ad plebem bezeichnet, ohne freilich dieſe Anſicht näher auszuführen und zu begründen. Letzteres iſt erſt geſchehen von Ludwig Lange in einem Vortrag auf der Philologenverſammlung in Meißen, abgedruckt in der Zeitſchr. für öſterr. Gymnaſien 1863 S. 861 fl., gegen den Th. Mommſen ſeine in ſeiner Abh. über die röm. Patriciergeſchlechter (Rhein. Muſeum N. F. XVI. S. 358) geäußerte Anſicht, daß der Uebergang auf directem Wege durch detestatio sacrorum erfolgt ſei, in einem Nachtrage zur zweiten Aufl. ſeiner röm. Forſchungen S. 399—411 weiter zu begründen und die juriſtiſche Unmöglichkeit der Lange'ſchen Auffaſſung zu erweiſen geſucht hat. Dagegen wiederum Lange in einer eigenen Schrift: Ueber die transitio ad plebem. Leipz. 1864 (kurz zuſammengefaßt in deſſen Röm. Alterth. B. 1. Aufl. 2. S. 122 fl.).

Eine ſich daran reihende im Voraus verabredete Emancipation verſchaffte ihm dann, wenn er es wünſchte, die Stellung eines pater familias. Der Preis, den er für den gewünſchten Zweck einzuſetzen hatte, war freilich kein geringer: Verluſt des Patriciats, der sacra, des Namens und des Erbrechts; dies brachte die Conſequenz jener Vorgänge mit ſich. Aber gerade in der Höhe dieſes Preiſes lag die Nöthigung, eine bequemere Form ausfindig zu machen. Dies war entweder in der Weiſe möglich, daß man eine ganz neue, eigens für dieſen Zweck berechnete Form erfand, oder in der Weiſe, daß man an jenen durch das vorhandene Recht ermöglichten Umweg anknüpfend denſelben nur zweckmäßiger geſtaltete. Wer der bisherigen Ausführung gefolgt iſt, wird ſchwerlich darüber im Unklaren ſein, welche von beiden Möglichkeiten der Weiſe der römiſchen Juriſten mehr entſprach; angenommen daß ſie ſich aber dennoch für die erſtere Alternative entſchieden hätten, ſo wird es von vornherein als höchſt unwahrſcheinlich bezeichnet werden dürfen, daß jetzt noch Jemand auf die Idee hätte verfallen ſollen, ſich anſtatt des ihm geöffneten directen Weges des unvollkommenen alten Umweges zu bedienen.

Bekanntlich wählte nun Clodius, als er des obigen Motivs wegen zur Plebs überzutreten beſchloß, den letztern Weg; er ließ ſich von einem Plebejer, dem Fontejus, arrogiren und ſodann emancipiren. Ueber den Zweck dieſes Schrittes konnte Niemand im Unklaren ſein, ganz Rom kannte ihn und ſo auch die Pontifices, die dabei mitzuwirken hatten. Zum Ueberfluß, um die Nichternſtlichkeit der Arrogation noch augenfälliger zu machen, war als Figurant ein Mann gewählt, jünger an Jahren, als der zu Arrogirende! Wenn nun gleichwohl die Pontifices ihre Beihülfe nicht verſagten, ſo läßt das die doppelte Deutung zu: entweder die einer mit der Ernſtlichkeit, mit der ſie ſonſt die Bedingungen der Arrogation prüften, wenig in Einklang ſtehenden Connivenz bei einem, wie Mommſen ſelber ihn bezeichnet, „dem Weſen der Adoption widerſtreitenden Willkühract“ — einer Connivenz, die ihnen durch die Wahl eines Arrogators von etwas vorgerückterem Alter

jedenfalls hätte erleichtert werden können —, oder aber die einer ihnen amtlich obliegenden Mitwirkung zu einem Scheingeschäft in unserm Sinn. Die Gründe, die für die letztere Deutung geltend gemacht worden sind, haben für mich ganz überzeugende Kraft. Clodius behielt seinen patricischen Namen bei und nahm nicht, wie es bei wirklichen Adoptionen üblich, den des Adoptivvaters an; ebenso verblieben ihm seine sacra und sein civiles Erbrecht[402] — alles ganz erklärlich bei der zweiten, unerklärlich bei der ersten Annahme. Wenn die Pontifices die Wirkung der den Uebertritt zur Plebs vermittelnden Scheinarrogation lediglich auf diesen ihren einzigen Zweck beschränkten und die übrigen Wirkungen, welche über ihn hinausgingen, fallen ließen, so verfuhren sie dabei nicht anders, als wie oben gezeigt, bei den meisten andern Scheingeschäften, und die arrogatio fiduciae causa zum Zweck der transitio ad plebem findet insbesondere an der coemptio fiduciae causa in ihrer oben beschriebenen Gestalt ein Seitenstück, das nichts zu wünschen übrig läßt, und das allein schon ausreicht, die Einwendungen, die vom Standpunkt der „römisch-juristischen Logik" aus gegen jene Ansicht erhoben sind, zu entkräften. Bei den Scheingeschäften bestand die Logik des römischen Rechts meiner Auffassung nach gerade darin, daß es die unbequeme Logik, das, was man nicht wollte, ausschloß, oder m. a. W. die Logik des Zwecks über die der Mittel setzte.

Von diesem Standpunkt aus erklärt es sich, warum in dem obigen Fall ein Mann, jünger an Jahren, als der zu Arrogirende, die Rolle des Adoptivvaters übernahm — es ließ sich kein besserer Protest gegen die Ernstlichkeit der Arrogation denken, als gerade dieser.[403] Bei der entgegengesetzten Ansicht hätte darin ein zweckloser Hohn gegen das Pontificalcollegium gelegen.

Zu diesem Schößling der Arrogation fügte die Kaiserzeit noch

---

402) Lange in der citirten Schrift S. 33—38, S. 42—48.

403) Lange a. a. O. S. 13. Eine Parallele findet er in der angeblich symbolischen Bedeutung der senes coemptionales (Note 387 a. E.).

einen andern, ſo viel ich weiß, bisher nicht beachteten hinzu: die Verwendung der Adoption als Form der Ernennung des Thronfolgers (adoptio regia). Unter den erſten Kaiſern eine wirkliche Adoption, die dem Adoptirten ganz die Stellung eines Hauskindes anwies,[404] ward ſie nach und nach eine reine Form für die angegebenen Zwecke, deren Unterſchied von der ächten Adoption ein Zeugniß aus der Zeit Diocletians als einen ganz bekannten vorausſetzt.[405] Daß es bei dieſem Akt nicht auf einen Sohn im natürlich-ſittlichen und juriſtiſchen Sinn abgeſehen ſei, ward bereits in früher Zeit von einigen der Kaiſer ſelber betont,[406] und nachdem man ſich daran gewöhnt hatte, den Akt in anderm Licht zu betrachten, kam man ſchwerlich mehr in Verſuchung, die Conſequenzen der gewöhnlichen Adoptionstheorie zu ziehen, das Vermögen des Thronfolgers dem Kaiſer[407] und umgekehrt die Privaterbſchaft des letzteren jenem zuzuſprechen. Hadrian ſtellte dem Antoninus Pius bei ſeiner Adoption die Bedingung, daß er als ſeinen Nachfolger den Mark Aurel und als deſſen, alſo als ſeinen Enkel, den Verus adoptire und dieſem ſeine Tochter gebe. Erſteres geſchah, gleichwohl aber wurden die beiden letztern im Leben als Brüder betrachtet (nach ihrem Tode die „Divi fratres"), ungeachtet juriſtiſch genommen der eine der Vater des andern war.

---

404) Ihr entſprechend richtete z. B. Tiberius ſeit ſeiner Adoption durch Auguſtus ſeine ganze Handlungsweiſe ein. Sueton. Tiberius c. 15: nec quidquam postea pro patrefamilias egit etc.

405) Spartian. Aelius Verus c. 1 . . . non testamento, ut antea solebat, neque eo modo, quo Trajanus est adoptatus, sed eo prope genere, quo nostris temporibus a vestra clementia Maximianus atque Constantius Caesares dicti sunt quasi quidam principum filii viri et designati augustae majestatis heredes.

406) So z. B. Galba bei Tac. I. 15: Augustus in domo successorem quaesivit, ego in re publica, Hadrian bei Spartian. c. 4: tu patrimonii tui, non reipublicae quaeris heredem.

407) Sonſt hätte z. B. das Vermögen des Aelius Verus, der mit Zurücklaſſung eines Sohnes vor Hadrian ſtarb, als Peculium an letztern fallen müſſen.

Verus erhielt statt der ihm von seinem Adoptiv-Urgroßvater Hadrian zugedachten Tochter seines Adoptiv-Großvaters Pius schließlich die Tochter seines Adoptivvaters oder Bruders Mark Aurel zur Braut, während dieser wiederum die Tochter seines eignen Adoptivvaters zur Frau nahm.[408] Wer mag bei dieser Verkehrung der gewohnten Ordnung der Familie noch an wirkliche Familienverhältnisse denken! Es waren Verabredungen rein politischer Art, bei denen die Adoption nur den Namen hergab, um die Reihe der Regierungsnachfolger zu bestimmen, ohne daß man ihr auf die Privatverhältnisse weder einen hinderlichen noch förderlichen Einfluß eingeräumt hätte.[409] Kurz es war ein neuer Begriff: die „adoptio regia“,[410] bei der daher auch die alten Formen, die früher noch beobachtet waren, bald andern Platz machten. Hadrian erfuhr seine Ernennung zum Nachfolger von Seiten des Trajan erst durch Uebersendung des Patents, als er in Spanien war.[411] Ob wohl irgend einer der Juristen, wenn derselbe dort umgekommen wäre, daran gedacht haben würde, das Testament, das er vorher errichtet hatte, für hinfällig zu erklären und sein Vermögen als Pekulium dem Trajan zuzusprechen? Ich möchte es bezweifeln! Im dritten Jahrhundert fiel endlich selbst die formelle Anknüpfung an die Adoption hinweg. Die Ernennung erfolgte durch Patent, welches den

408) Spart. Hadrian. c. 22. Ael. Verus c. 6. Capitol. Verus c. 3. Ant. Phil. c. 5. Juristisch war allerdings die Adoption des Schwiegersohnes dadurch möglich zu machen, daß der Vater die Tochter vorher aus der Gewalt entließ. L. 17 §. 1 de R. N. (23. 2) (nicht entgegen L. 23 i. f. de adopt. 1. 7) — ein leeres Spiel mit den Familienverhältnissen, das von den im Text genannten Personen schwerlich aufgeführt worden ist. Mark Aurel war, als er den Verus adoptirte, 18 Jahre alt, wenige Jahre älter, als letzterer. Capit. Ant. Phil. c. 5. Capitol. Ant. Pius c. 7 . . fratrem sibi participem in imperio designavit . . et quasi pater (ejus) esset et Verum eum appellavit addito Antonini nomine filiamque suam Lucillam fratri despondit. id. Ant. Philos. c. 5.

409) So hinterließ Ant. Pius sein Vermögen nicht seinem Adoptivsohn, sondern seiner natürlichen Tochter. Capitol. Pius c. 12.

410) So bezeichnet sie Capit. Ant. Phil. c. 5.

411) Spart. Hadr. c. 4.

Titel eines Caesar verlieh, und der Akt ſelber wird als Verleihung des caesarianum nomen bezeichnet.[412])

In dem ſo eben behandelten Fall beſitzen wir, ſo viel mir bekannt, das ſpäteſte Scheingeſchäft, das die Geſchichte des römiſchen Rechts aufzuweiſen hat. Die Technik der klaſſiſchen Zeit konnte derartiger künſtlicher Mittel, mit denen die Jurisprudenz in ihrer Jugendzeit ſich beholfen hatte, entrathen; die vorhandenen Scheingeſchäfte erhielten ſich noch zum Theil, aber von neu entſtandenen thut die Geſchichte uns keine Meldung mehr. — Die Periode der Scheingeſchäfte war vorüber!

Die Fictionen haben ſich in neueſter Zeit einer regen Bearbeitung zu erfreuen gehabt,[413]) es will mir aber ſcheinen, als ob man ſtellenweis ihre Bedeutung nicht wenig überſchätzt habe,[414]) und als ob bereits Savigny[415]) mit wenig Worten das wahre Weſen derſelben erſchöpft habe. „Entſteht eine neue Rechtsform, ſagt er, ſo wird dieſelbe unmittelbar an eine alte, beſtehende an-

412) So ſchon zur Zeit des Commodus. Capitol. Clod. Albinus c. 2: literas dederat, quibus jusserat ut Caesar esset . . . Alias ad te publice de successore atque honore dedi etc. Auf die Adoption wird hier nicht die leiſeſte Anſpielung gemacht. Id. c. 3: donantem me Caesariano nomine.

413) Kuntze, Die Obligation und die Singularſucceſſion (1856) S. 87—90 S. 377 fl. Köppen, Die Erbſchaft (1856) S. 6—9. Berger, Kritiſche Beiträge zur Theorie des öſterr. allgemeinen Privatrechts (1856) S. 71—95. Demelius, Die Rechtsfiction (1858). — Der letztgenannte Schriftſteller hat gegen die im Text folgende Darſtellung, welche zum Theil gegen ihn gerichtet war, in der Münchener Krit. Vierteljahrsſchrift X. S. 354 fl. allerhand Ausſtellungen erhoben, denen ich dadurch vollkommen gerecht geworden zu ſein glaube, daß ich den Ort bezeichnet habe, wo der Leſer ſie finden kann.

414) S. z. B. Kuntze, der „in dieſem wunderſamen Reich der Fictionen ein dämoniſches Walten" wahrnimmt. Auch Berger ſucht meines Erachtens zu viel hinter ihnen.

415) Beruf unſerer Zeit für Geſetzgebung und Rechtswiſſenſchaft. Aufl. 3 S. 32.

geknüpft, und ihr ſo die Beſtimmtheit und Ausbildung derſelben zugewendet. Dieſes iſt der Begriff der Fiction, für die Entwicklung des römiſchen Rechts höchſt wichtig und von den Neuern oft lächerlich verkannt."

Zu dieſer „lächerlichen Verkennung" bietet die Fiction allerdings eine gewiſſe Verſuchung dar. Sie iſt eine von den Erſcheinungen der juriſtiſchen Technik, mittelſt deren man die römiſche Jurisprudenz vor Unkundigen leicht perſifliren kann, und Cicero, den wir ſchon ſo oft auf derſelben Fährte betroffen haben, hat auch dieſen Stoff zu verwerthen geſucht.[416] Wie läppiſch, kann man ſagen: ein rechtliches Hinderniß, deſſen man nicht Herr werden kann, einfach hinwegzufingiren, den nachtheiligen Einfluß einer Emancipation zu beſeitigen, indem man ſie ſelber für nicht geſchehen erklärt, die Tochter des Patrons zum Sohne, den Nichtbürger zum Bürger zu machen und ſogar die keuſche Diana, um ihr die an den Beſitz des jus liberorum geknüpfte Erbfähigkeit zuzuwenden, mit Kindern zu beſchenken.[417] Wie freilich Juriſten durch dieſe barocke Form der Fiction ſich täuſchen laſſen konnten, iſt ſchwer zu begreifen, und doch bietet die Literargeſchichte ein eclatantes Beiſpiel an einem der namhafteſten Juriſten des vorigen Jahrhunderts.[418]

Und doch iſt die Sache ſo außerordentlich einfach. Man möge mir erlauben, ſie durch ein Beiſpiel des heutigen Lebens zu veranſchaulichen. Eine Eiſenbahnverwaltung, eine Steuerbehörde hat Formulare drucken laſſen, in denen aus Verſehen oder, weil der Artikel damals noch nicht bekannt war, eine Columne oder

---

416) In Verrem II. 2, 12: Judicia hujusmodi: qui cives Romani erant, si Siculi essent, quum Siculos eorum legibus dari oporteret; qui Siculi, si cives Romani essent — die bekannte Fiction der Civität, die wir jetzt auch aus Gaj. IV. 37 kennen.

417) Ueber die Beiſpiele im Text ſ. Gaj. III. 26 IV. 28. Dio Cassius c. 55 i. i. Note 416. u. 425.

418) Heineccius Antiq. jur. Rom. I. 2 §. 24. Historia jur. Rom. I. 3 §. 70. Sein Gegner in dem Streit über den Charakter des prätoriſchen Rechts: Richey (bez. Korte) traf mit einem Worte den Nagel auf den Kopf, indem er die Fictionen „interpretationes extensivas" nannte.

Rubrik für einen inzwiſchen current gewordenen Artikel fehlt. Um nicht die ſämmtlichen Formulare umdrucken zu laſſen, beſtimmt ſie, daß der Artikel unter eine der vorhandenen Columnen untergebracht werden ſolle, daß Braunkohlen z. B. als Steinkohlen gelten ſollen. Was hat der römiſche Prätor anders gethan, wenn er bei Ausdehnung der Klagen auf neue Verhältniſſe die alten Formulare unverändert beibehielt und nur für den Richter den Vermerk hinzufügte: er ſolle das neue Verhältniß ganz ſo behandeln, als ob es unter die Kategorie des alten fiele? Es war in der That nichts als eine eigenthümliche Form der analogen Ausdehnung des Geſetzes (Note 418).

Dieſen und keinen andern Zweck hat dieſe Fiction. Sie ſoll den Prätor oder die Theorie der Mühe, dieſe Formulirung der Klage oder des Begriffs entſprechend zu verändern, überheben. „Nur ein Erbe kann die hereditatis petitio anſtellen" lautete der Satz des alten Rechts. Aber das Bedürfniß drängte ſpäter dahin, auch andern Perſonen, z. B. dem Käufer der Concursmaſſe, dem Bonorum Possessor die Klage zuzugeſtehen. In Folge davon hätte nicht bloß die alte auf den heres oder die hereditas lautende Faſſung der *Klage*, ſondern auch die Formulirung der obigen *Regel* geändert werden müſſen. Letzteres war aber kein Leichtes, es hieß an Stelle des bekannten, geläufigen Begriffs der hereditas einen neuen allgemeinern: den der Univerſalſucceſſion aufzuſuchen, ihn klar zu erfaſſen und zu formuliren. Sollte das Leben ſo lange warten, bis der Doctrin dies gelungen? Man wählte einen theoretiſch minder correcten, praktiſch aber eher zum Ziele führenden Weg: jene beiden Perſonen werden als heredes angeſehen; ſie ſind es zwar nicht, aber ſie werden als ſolche *fingirt*, will heißen: behandelt, ihnen in dieſer beſtimmten Beziehung gleichgeſtellt. Auf dieſe Weiſe war das bisherige Recht formell gerettet. Der Prätor gab nach wie vor die alte Klagformel, nur mit dem obigen Zuſatz, der Lehrer des Rechts trug nach wie vor jene Regel vor und ſchnitt den Einwand des Schülers, daß doch jene Perſonen keine heredes ſeien, in derſelben Weiſe ab, wie der Prätor den des Richters: ſie ſeien zwar keine, aber rückſichtlich der Klagbefugniß gölten ſie als ſolche.

„Das Teſtament iſt der letzte Wille eines römiſchen Bürgers; wem dieſe Eigenſchaft im Moment des Todes abgeht, der kann kein gültiges Teſtament hinterlaſſen.“ Das war der Satz des alten Rechts; eine Conſequenz davon, daß das Teſtament eines Bürgers, der in feindlicher Gefangenſchaft ſtarb, keine Gültigkeit hatte. Die lex Cornelia ſah ſich veranlaßt, dieſe Conſequenz rückſichtlich der vor der Gefangenſchaft errichteten Teſtamente aufzuheben. Sie hätte es thun können in der Weiſe, wie wir heutzutage es thun würden, indem ſie dieſe Neuerung offen ausſprach, und ſie würde es vielleicht auch gethan haben, wenn nicht die römiſchen Juriſten mit im Rath geſeſſen und das Intereſſe ihrer Disciplin dadurch gewahrt hätten, daß ſie eine Wendung erſannen, die den obigen Fundamentalſatz äußerlich beſtehen ließ: die bekannte fictio legis Corneliae. Das Geſetz ſprach aus: es ſolle ſo angeſehen werden, als ob der Teſtator bereits im Moment ſeiner Gefangennehmung, alſo noch als Freier und römiſcher Bürger verſtorben wäre. [419]

Dieſe beiden Beiſpiele werden als Anhaltspunkte zur Veranſchaulichung des eigenthümlichen Mechanismus und der techniſchen Beſtimmung der Fiction genügen.

Der Zweck der Fiction beſteht in der Erleichterung der Schwierigkeiten, die mit der Aufnahme und Verarbeitung neuer, mehr oder weniger einſchneidender Rechtsſätze verbunden ſind, in der Ermöglichung, die traditionelle Lehre formell ganz in ihrer alten Geſtalt zu belaſſen, ohne doch dem Neuen praktiſch ſeine volle Wirkſamkeit dadurch irgendwie zu verkümmern. Indem ſie die Schwierigkeiten umgeht, ſtatt ſie zu löſen, charakteriſirt ſie ſich damit allerdings als eine wiſſenſchaftlich unvollkommene Form der Löſung der Aufgabe — ſie verdient denſelben Namen, wie das Scheingeſchäft: den einer techniſchen Nothlüge — aber indem ſie andererſeits einen leichteren, bequemeren Weg einſchlägt, der praktiſch ganz zu demſelben Ziele führt, erleichtert ſie damit den Fortſchritt, macht ihn möglich zu einer Zeit, wo es der Wiſſenſchaft

419) L. 18, 22 de capt. (49. 15).

noch an der Kraft fehlen würde, die Aufgabe in der ihr entſprechenden Geſtalt zu bemeiſtern. Ohne die Fictionen wären manche einflußreiche Aenderungen des römiſchen Rechts wahrſcheinlich erſt in viel ſpäterer Zeit erfolgt. Es iſt leicht zu ſagen: Fictionen ſeien Nothbehelfe, Krücken, deren ſich die Wiſſenſchaft nicht bedienen ſolle. Sobald letztere ohne ſie fertig werden kann, gewiß nicht! Aber immer beſſer, daß ſie mit Krücken *geht*, als *ohne* Krücken *ausgleitet* oder ſich nicht aus der *Stelle wagt*. Es iſt daher nicht Zufall, ſondern ein richtiger Inſtinkt, der die Wiſſenſchaft in ihrer Jugendperiode zu dieſer Krücke greifen heißt, und auch hier kann wiederum das Beiſpiel des engliſchen Rechts, das von dieſem Mittel die ausgedehnteſte Verwendung gemacht hat, uns belehren, daß wir es nicht mit einer ſpecifiſch römiſchen, ſondern mit einer Einrichtung zu thun haben, die auf einer gewiſſen Stufe der geiſtigen Entwicklung mit innerer Nothwendigkeit zum Vorſchein getrieben wird. Selbſt wenn die Wiſſenſchaft die Kinderſchuhe ausgetreten hat, und die tauſendjährige Uebung des Denkens in ihr endlich jene Sicherheit und Fertigkeit des abſtracten Denkens gezeitigt hat, die erforderlich iſt, um die theoretiſchen Grundlagen einer Lehre neu zu geſtalten, kann immerhin doch als erſter Anſatz zur Bewältigung eines völlig neuen Gedankens — im *theoretiſchen Nothſtand* — die Fiction eine gewiſſe Berechtigung haben. Beſſer Ordnung mit Fiction, als Unordnung ohne Fiction!

Anderſeits freilich liegt in jeder Fiction, eben weil ſie ein unvollkommnes Mittel iſt, für die Wiſſenſchaft die Mahnung, ſie möglichſt bald durch ein vollkommneres zu erſetzen. Aber der Jurisprudenz zumuthen, die Fiction über Bord zu werfen, bevor ihr die *wirkliche* Löſung gelungen, hieße den Krückenträger auffordern, die Krücken fortzuwerfen, bevor er gehen kann.

Völlig verſchieden von den Fictionen, die ich im Bisherigen im Auge gehabt habe, und die ich als *hiſtoriſche* bezeichnen möchte, weil ſie eine eigenthümliche Form des hiſtoriſchen Fortſchrittes, die formelle Anknüpfung des Neuen an das Alte repräſentiren, ſind zwei andere Verhältniſſe, auf die ebenfalls der Name angewandt worden

iſt. War es eine Fiction, wenn die lex de arrogatione dem arrogirten Kinde die Stellung des natürlichen anwies? Sicherlich nicht,[420] es war zwar eine Gleichſtellung, aber nicht jede Gleichſtellung iſt eine Fiction. Oder wäre es eine Fiction, wenn ein heutiges Geſetz die Juden den Chriſten gleichſtellt? Allerdings enthält auch die Fiction eine Gleichſtellung — man denke an das Beiſpiel des bonorum emptor und bonorum possessor (S. 295) — aber das Charakteriſtiſche iſt die Form, in der ſie dieſelbe vermittelt, und der Zweck, deſſentwegen ſie dies thut. Anſtatt den Rechtsſatz ſo zu erweitern, daß das Verhältniß, auf das er ausgedehnt werden ſoll, darunter Platz findet, wird umgekehrt das Verhältniß in gewaltſamer Weiſe ſo gepreßt, daß es hineinpaßt, der juriſtiſchen Vorſtellung wird zugemuthet, ſich daſſelbe in einer andern Geſtalt zu denken, als die es an ſich trägt, die wirkliche Erweiterung des Rechtsſatzes wird *verdeckt*, *verſchleiert*. In den obigen Fällen geſchieht nichts dem Aehnliches. Anſtatt die rechtliche Stellung, die das arrogirte Kind, die Juden einnehmen ſollen, im Einzelnen genauer anzugeben, wird einfach auf die des natürlichen Kindes, der Chriſten Bezug genommen, es iſt eine abgekürzte Form der Faſſung der anzuwendenden Rechtsgrundſätze, eine *Verweiſung*, aber nichts weniger als eine Fiction. Solche Verweiſungen wiederholen ſich überall und zu jeder Zeit ſowohl in den Geſetzen als den Rechtsgeſchäften der Privaten,[421] nicht ſelten bilden ſie den Inhalt eines beſondern Privilegiums,[422] — eine techniſche Bedeutung können ſie nicht in Anſpruch nehmen.

420) *Demelius* in ſeiner Note 413 citirten Schrift zieht dieſen und alle ähnliche Fälle mit unter den Begriff der Fiction, wodurch derſelbe nur verdunkelt werden kann.

421) Mit demſelben Recht, mit dem *Demelius* Wendungen wie: decem viri eodem jure sint, quo qui optima lege (Cic. de leg. agr. II. 11) und die alte Curialformel: siremps lex res jus causaque omnibus omnium rerum esto (Val. Prob. de not. §. 3) u. a. m. hierher zieht, könnte man auch von einer Fiction ſprechen, wenn ein Miether die Wohnung „zu denſelben Bedingungen, wie ſein Vorgänger" miethet — es iſt eine Erleichterung für den Abſchreiber, nichts weiter.

422) So in Rom z. B. das jus liberorum, welches die kinderloſe Frau

Für das zweite Verhältniß iſt der Ausdruck: Fictionen allgemein eingebürgert, und ich will dem Sprachgebrauch nicht entgegentreten, es genügt mir, die Verſchiedenheit deſſelben von der oben geſchilderten Function der Fiction zu conſtatiren. Die Exiſtenz der juriſtiſchen Perſon, ſo lehrt man, beruht nicht auf natürlichem Daſein, ſondern auf Fiction. Und in der That richtet dieſe Fiction an unſere Vorſtellung ganz dieſelbe Aufforderung, wie die obigen: ſich nämlich das thatſächliche Verhältniß anders zu denken, als es wirklich iſt, ſtatt der einzelnen Mitglieder der Zunft ſich ein gedachtes Weſen: die Zunft als Subject vorzuſtellen. Aber der Zweck der Fiction iſt hier nicht Erleichterung der Anknüpfung eines neuen Rechtsſatzes an das bisherige Recht, ſondern Erleichterung der juriſtiſchen Vorſtellung. Die Betrachtung dieſer dogmatiſchen Function der Fiction liegt außerhalb der Gränzen unſerer gegenwärtigen Aufgabe, ſie hatte lediglich das negative Intereſſe für uns, den ſtörenden Einfluß, den ſie auf die richtige Erfaſſung

---

in Bezug auf die Capacitätsbeſtimmungen der Frau mit Kindern gleichſtellte, die restitutio natalium, welche dem Freigelaſſenen die Stellung des Freigebornen einräumte. Ob dabei die Wendung gebraucht wird, „ebenſo, als ob ſie Kinder hätte, als ob er freigeboren wäre" (L. 5 §. 1 de nat. rest. 40. 11), verſchlägt Nichts. Ebenſo wenig ſteht im Wege, daß beide Begriffe urſprünglich höchſt wahrſcheinlich in der Form von Fictionen aufgetreten ſind, daß alſo die Kaiſer, welche zuerſt von dem Erforderniß des Beſitzes der Kinder dispenſirten oder dem Freigelaſſenen die Stellung eines Freigebornen einräumten, dies formell in der Weiſe vermittelten, daß ſie in dem Patent den Beſitz von Kindern oder die freie Geburt fingirten. Nachdem ſich aus ſolchen einzelnen Fällen einmal der Begriff des jus liberorum und der restitutio natalium herausgebildet hatte, konnte man dieſe formelle Anknüpfung hier ebenſo fallen laſſen, wie man dies in unzähligen andern Fällen gethan hat. Die actio Publiciana war urſprünglich eine act. fictitia, iſt es aber heutzutage nicht mehr. Ebenſo mochte man in alter Zeit die acceptilatio oder novatio als fingirte Zahlung betrachten, aber nachdem die beiden Akte unter dieſer Hülle ſich zur Selbſtändigkeit des Begriffs herausgebildet hatten, galten ſie „sua vi ac potestate" (Gaj. IV. 33), ohne ſich noch fernerhin unter den Begriff der Zahlung flüchten zu müſſen. Nachdem die Wiſſenſchaft ſie erkannt hatte als das, was ſie ſind, war eben damit das Stadium der Fiction überwunden.

der obigen hiſtoriſchen Function derſelben ausüben konnte, fern zu halten.[422a])

Kehren wir zu letzterer zurück. Die Fiction in dieſem Sinn iſt ein Seitenſtück zum Scheingeſchäft, nicht ſelten ſogar, um einen frühern (II. 365) Ausdruck zu wiederholen, das Caput mortuum deſſelben, hervorgegangen aus demſelben Motiv und in ganz ähnlicher Weiſe operirend. Was das Scheingeſchäft auf dem weitläuftigeren Wege der Handlung, beſchafft ſie auf dem einfacheren des Gedankens, beide thun dem Verhältniß, das ſie behandeln, Gewalt an, um es über das Prokruſtesbett bereits vorhandener Geſchäfte, Begriffe, Klagen zu ſpannen. Nur darin möchte ein Unterſchied beider gelegen ſein, daß während das Scheingeſchäft in unſerm obigen Sinn vorzugsweiſe im römiſchen Verkehr, weniger im Proceß zur Erſcheinung gelangte, die Fiction gerade im Proceß die reichſte Verwendung fand, welches letztere ſich auch im engliſchen Rechte wiederholt. Der Uebergang des Legis-Actionen-Proceſſes in den Formularproceß ſcheint vorzugsweiſe durch ſie vermittelt worden zu ſein.[423]) Die Form, die ſie in dem Proceſſe annahm, war eine doppelte: die eines Zwiſchenſatzes, und eines Vorderſatzes, im erſteren Fall enthielt die Formel bloß die eine, ſich überall wie-

---

422a) Der obigen Bezeichnung: hiſtoriſche und dogmatiſche Fictionen will jetzt Unger Verträge zu Gunſten Dritter, Jena 1869 S. 9—11 die von praktiſchen und theoretiſchen ſubſtituiren und von erſteren zwei Arten unterſchieden wiſſen, von denen die eine mit meiner hiſtoriſchen Fiction zuſammenfällt, die andere die auf der vorigen Seite erörterte eigenthümliche Redeform iſt, in der Demelius eine Fiction erblicken wollte, und für die Unger den Ausdruck: deklaratoriſche und terminologiſche Fiction vorſchlägt. Ich halte weder die Vertauſchung meines Ausdrucks „hiſtoriſch" durch „praktiſch" für glücklich — denn erſterer erinnert ſtets an das Motiv, dem die Fictionen ihren Urſprung verdanken: die hiſtoriſche Verknüpfung des Neuen mit dem Alten, und an ihre paſſagere hiſtoriſche Bedeutung, während letzterer ihnen den Schein einer praktiſchen Berechtigung zugeſteht, die ſie nicht haben — noch auch kann ich mich entſchließen, in einer bloßen Redewendung, wie wir ſie im täglichen Leben unausgeſetzt benutzen, einen techniſch juriſtiſchen Begriff zu erblicken.

423) Keller, Civilproceß §. 25 Note 298 (Aufl. 3 S. 98). Was Demelius S. 51 fl. dagegen einwendet, hat mich nicht überzeugt.

derholende Bedingung: si paret, im zweiten eine Doppelbedingung;[424]) dieſe letztere Form möchte ich für die ältere halten.

Ueber den angeblichen hiſtoriſchen Urſprung der Fiction auf dem Gebiet des geiſtlichen Rechts habe ich mich ſchon oben (S. 280) ausgeſprochen. Ihr ſpäteres Schickſal war ganz das des Scheingeſchäfts, ſie ſtarb nach und nach ab, und mit dem Bedürfniß verlor ſich auch das Verſtändniß; die vereinzelten Spuren, die Juſtinian noch vorfand, regten die ganze Galle ſeines Unmuths und ſeiner Entrüſtung über eine ſo unſinnige Verirrung des Alterthums in ihm auf, und er rottete ſie mit Stumpf und Stiel aus.[425]) Was die älteſte Jurisprudenz mit dem unbeholfenen Mittel des Scheingeſchäfts, die mittlere mit dem ſchon etwas gelenkigeren der Fiction, das beſchaffte die klaſſiſche in der höchſten und letzten Form: der analogen Ausdehnung.

---

424) Beiſpiele der erſten Art bei Gaj. IV. 37: Si paret ope consilio Dionis Graeci Lucio Titio furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis Romanus esset, pro fure damnum decidere oporteret etc. Beiſpiele der zweiten bei Gaj. IV. 34: Si A. A. Lucio Titio heres esset, tum si paret fundum, de quo agitur, ex jure Quiritium ejus esse oportere.

425) z. B. L. 30 Cod. de jure dot. (5. 12): ficti divortii falsa dissimulatione stirpitus eruenda. L. 8 Cod. de donat. (8. 54) L. 4 Cod. de bonis lib. (6. 4) (aus den Baſiliken: L. 28 de jure patron. 49. 1) ed. Kriegel §. 21, 26: antiqua simulatio et observatio, qua fingebamus patroni filiam esse filium, sublata sit . . . ex machinatione quadam in veteribus libris. Ob Juſtinian es verſtanden haben würde, wenn einer der alten Juriſten ſich zu ſeiner Entſchuldigung auf Juſtinians eigene Worte in §. 25 dieſes Geſetzes: tanquam si contracta fiducia emancipatio facta fuisse videretur (wiederholt in §. 8 I. de succ. agn. subl. 3. 2) oder auf L. 2 §. 1 Cod. de const. pec. (4. 18): ita omnes res veniant in constitutam actionem, tanquam si fuisset ipsa pecunia substituta berufen haben würde? Der Kobold der Fiction rächt ſich oft bitterlich an denen, die ihn verfolgen!

Zweiter Abschnitt.

Die Rechte des ältern Privatrechts.

Die Aufgabe.

Historischer Charakter der Grundbegriffe des ältern Rechts — ihre Veränderlichkeit. — Die wahren Quellen derselben. — Ueberschätzung des logischen Elements im Rechte.

> Non ergo a Praetoris edicto neque a XII tabulis, sed penitus ex intima philosophia hauriendam juris disciplinam
>
> Cic. de legib. I. Cap. 5.

LIX. Die Aufgabe des ersten Abschnitts bestand darin, diejenigen Erscheinungen, Gedanken und Gesetze darzulegen, die sich mehr oder weniger auf *allen* Gebieten des Rechts wiederholten. Den Gegenstand des gegenwärtigen Abschnitts bilden die *Rechte* des ältern Privatrechts. Der Verlauf unserer Darstellung hat uns zwar bereits manche Züge zur Signatur derselben geliefert, theils Einzelheiten, theils allgemeine Ideen, allein die bisher entwickelten universellen Gesichtspunkte reichen nicht aus, um das eigenthümliche Wesen und den Gedankengehalt der Rechte zu erschöpfen, es bleibt noch ein beträchtlicher Rest zurück, dessen wir uns nur auf dem Wege einer ausschließlich diesem Gegenstand zugewandten Untersuchung bemächtigen können.

Es ist ein wunderbares Ding um diesen Bestandtheil des ältern Systems. Der alte Proceß ist in der spätern Zeit spurlos

untergegangen, das alte Rechtsgeſchäft mit ſeinen Formen und ſtrengen Grundſätzen iſt verſchwunden, aber über die Rechte des alten Vermögensrechts ſcheint der Wechſel der Dinge keine Macht gehabt zu haben; noch bis auf den heutigen Tag operiren wir mit denſelben Begriffen des Eigenthums, Beſitzes, der Servitut, Obligation, der erbrechtlichen Univerſalſucceſſion, des Legats, die bereits vor zweitauſend und mehr Jahren den altrömiſchen Juriſten dienten. Hat die Zeit vielleicht keine Gewalt über ſie, ſind ſie für die Ewigkeit gemacht — unvergänglich und unveränderlich, weil das abſolut Wahre? Oder haben auch ſie ſich dem Wechſel der Dinge und Anſichten gefügt, und iſt es vielleicht nur die Gleichheit des Namens, die uns die Aenderung der Sache ſelber überſehen läßt, nur dieſelbe Schaale, aber mit anderem Kern?

Unſere Wiſſenſchaft iſt auf dieſe Frage die Antwort ſchuldig geblieben. Zwar die Veränderungen, die mit all jenen Inſtituten im Lauf der Zeit vor ſich gegangen, hat ſie getreulich regiſtrirt, aber ob dieſe Veränderungen das juriſtiſche Weſen, den Begriff der Rechte getroffen oder nicht, drüber erwartet man vergebens von ihr eine Auskunft. Und doch braucht man nur einige dieſer Veränderungen ins Auge zu faſſen, um ſich von der Verſchiedenheit des Einfluſſes, den ſie in dieſer Beziehung ausgeübt haben, zu überzeugen. Die Aufhebung der in jure cessio und mancipatio, die Erweiterung der Uſucapionsfriſten durch Juſtinian und eine Reihe anderer Veränderungen auf dem Gebiet des Eigenthumsrechts waren für das praktiſche Leben und die Theorie des Eigenthums von höchſter Wichtigkeit, allein der Begriff des Eigenthums oder auch nur des Eigenthumserwerbs erlitt dadurch nicht die geringſte Modification, alle dieſe Neuerungen trafen lediglich die legislative oder ökonomiſche Brauchbarkeit des Inſtituts, nicht ſeine juriſtiſche Individualität. Für die Geſchichte des Vormundſchaftsrechts iſt die Einführung der Dativtutel (tutor Atilianus) ohne alles und jedes begriffliche Intereſſe, dagegen bezeichnet das Umſchlagen der Tutel aus einem perſönlichen Gewaltverhältniß („jus ac potestas in capite libero“) in ein Obligationsverhältniß eine begriffliche

Entwicklungsphase, der keine von allen Veränderungen, die mit diesem Institut vor sich gegangen, sich an die Seite stellen läßt. Am lehrreichsten in dieser Beziehung ist das Erbrecht. Alle Umgestaltungen, denen die römische Testamentsform im Lauf der Zeit unterlag, namentlich die Verdrängung des Comitialtestaments durch das Mancipationstestament, die Einführung der schriftlichen d. i. geheimen Errichtungsform neben der früheren ausschließlich mündlichen, sowie der privilegirten Testamentsformen gaben der Testirfreiheit eine nicht hoch genug anzuschlagende Erweiterung, aber an dem Begriff des Testaments[426] änderten sie nicht das Geringste; letzteres blieb, was es von jeher gewesen: eine einseitige Verfügung des Erblassers über die Erbschaft. Das Codicill dagegen und der Erbvertrag des heutigen Rechts haben eine begriffliche Aenderung der wesentlichsten Art zur Folge gehabt, ersteres, indem es den bis dahin unbekannten Begriff des erbrechtlichen Singulargeschäfts (S. 145), letzteres, indem es den Vertrag ins Erbrecht einführte. Von den XII Tafeln bis auf Justinian ist das Intestaterbrecht in seinen ganzen Grundlagen umgestaltet worden, aber ich möchte wissen, ob die Definition desselben auch nur um ein Wörtchen anders gefaßt werden müßte, als in ältester Zeit; der Begriff der Intestaterbfolge ist ganz der alte geblieben. Dagegen hat Justinian durch seine Verordnung über die Antretung der Erbschaft unter der Rechtswohlthat des Inventars mit einem Federstich die Idee der erbrechtlichen Succession in einer Weise alterirt, gegen die hunderte von sonstigen Aenderungen nicht in Betracht kommen. Der Begriff des Erben, der (von dem besondern Recht der Soldaten abgesehen) ein Jahrtausend lang

426) Vorausgesetzt nämlich, daß man rücksichtlich des Comitialtestaments die gewöhnliche Ansicht theilt, der zufolge das Volk dabei nicht abzustimmen, sondern einfach als Zeuge zu fungiren hatte. Wer mit mir das Gegentheil annimmt, wird in dem Uebergang zum Mancipationstestament eine höchst wesentliche Begriffsalteration des Testaments erblicken müssen — den Umschlag des von der Befolgung der Intestaterbfolge im einzelnen Fall dispensirenden Gesetzes in ein gewöhnliches Rechtsgeschäft.

unverändert derſelbe geblieben war, iſt damit ein völlig anderer geworden. Für die Geſchichte des Univerſalfideicommiſſes machten in praktiſcher Beziehung das SC. Trebellianum und Pegasianum in gleicher Weiſe Epoche, aber für die begriffliche Entwicklung dieſes Inſtituts hat letzteres gar keine Bedeutung, das Univerſalfideicommiß als ſelbſtändiger erbrechtlicher Begriff verdankt ſeinen Urſprung lediglich dem erſteren.

Wie nun? Sind die Begriffe in Wirklichkeit noch dieſelben, nachdem ſie eine ſolche Umgeſtaltung erfahren haben? Und verändern ſie ſich nicht täglich unter unſern Augen? Iſt denn der Begriff der römiſchen Obligation heutzutage noch derſelbe, wie zur Zeit der klaſſiſchen römiſchen Juriſten? Man denke an die Papiere auf den Innehaber, die Reallaſten, die Auslobungen, um ſich von dem gewaltigen Umſchwung zu überzeugen, der mit dieſem Begriff vor ſich gegangen iſt. Und ähnliche Erſcheinungen wiederholen ſich auf allen Gebieten. Wer kann unſere heutigen Hypothekenbriefe und Handfeſten juriſtiſch begreifen, wenn er an dem römiſchen Begriff des Pfandrechts als eines Rechts an *fremder* Sache feſthält, wie ließe ſich die Uebertragung der Papiere auf den Inhaber unter den römiſchen Begriff der Ceſſion bringen?

Kurz die juriſtiſchen Grundbegriffe verändern ſich im Lauf der Zeit eben ſo gut, wie die Rechtsſätze, und ſie *müſſen* es, denn ſie ſind ja keine bloßen logiſchen Kategorien, ſondern die Concentrationsform materieller Rechtsſätze, die Rechtsſätze aber wechſeln mit den Verhältniſſen. An die Unveränderlichkeit der römiſchen Rechtsbegriffe zu glauben iſt eine völlig unreife Vorſtellung, die von einem gänzlich unkritiſchen Studium der Geſchichte zeugt.

Was aber in die Zeit fällt, *nachdem* es entſtanden, iſt auch in die Zeit gefallen, *als* es entſtand, m. a. W. dieſelben *hiſtoriſchen* Einflüſſe, denen jene Grundbegriffe im Fortgang ihrer Geſchichte ausgeſetzt geweſen ſind, werden ſich bereits bei ihrer urſprünglichen Bildung thätig erwieſen haben. Der Hiſtoriker würde ihnen gegenüber ſeine Aufgabe verfehlen, wollte er ſich einfach dabei beruhigen, daß ſie gegebene Thatſachen des römiſchen Lebens ſeien,

deren Ursprung in undurchdringliches Dunkel gehüllt sei, unmittelbare Offenbarungen, an denen das menschliche Denken und Wollen keinen Antheil gehabt hätte, Producte einer geheimnißvoll schaffenden Naturkraft. Eine solche Auffassung, so gern sie sich den Schein der ehrfurchtsvollen Scheu vor dem, „was die Geschichte bedeckt mit Nacht und Grauen", zu geben versucht, entwürdigt den Menschen und erniedrigt das Recht. Denn das Recht ist keine Pflanze, sondern ein Stück menschlichen Denkens und Empfindens; zu den Aufzeichnungen, die es enthält, müssen das menschliche Herz und der denkende Verstand den Schlüssel liefern. Vermögen uns also jene Grundbegriffe auf die Frage nach dem: Woher und Warum? keine befriedigende Antwort zu geben, ist all' ihr Ansehen nur ein erschlichenes, so sind sie in unsern Augen nichts als ein uns durch die Macht historischer Verhältnisse auferlegtes Joch, dessen wir uns so bald wie möglich zu entledigen haben.

Der gegenwärtige Abschnitt soll nun den Versuch machen, die alten Rechtsbegriffe, so zu sagen, zum Sprechen zu bringen, zur Antwort auf jene Frage veranlassen, indem er sie künstlich wiederum in Fluß versetzt, sie zurückführt auf die Ursubstanz von Ideen, Anschauungen, Erwägungen, aus denen sie hervorgegangen sind, indem er die Gesetze ermittelt, nach denen sie sich zu festen Formen zusammengefügt haben, kurz er soll sie gewissermaßen ihren ursprünglichen Bildungs- und Krystallisationsproceß von neuem vor unsern Augen bestehen lassen. Ob diese Aufgabe mehr verwegen, als lösbar, darüber will ich Jedem seine Zweifel zu gute halten, jedenfalls ist sie eine der anziehendsten und dankbarsten, denen ich im ganzen Verlauf meines Werks begegnet bin. Es hat einen Reiz für mich, dem ich Nichts an die Seite zu stellen wüßte, dem menschlichen Geist nachzuschleichen auf den dunklen Pfaden seiner vorhistorischen Thätigkeit, die verfallenen und verschütteten Schachte, die er in den Schooß der Erde getrieben, aufzudecken und damit den Beweis zu liefern, daß an diesen Stellen bereits vor Jahrtausenden rege Arbeit und umsichtiges, planvolles Schaffen geherrscht hat, daß diese unterirdische Welt, dieser Unterbau des gesammten

Rechts nicht das Werk einer blind waltenden Naturkraft, ſondern das Verdienſt und die freie That des denkenden Geiſtes iſt. Je mehr die elementare Art der Arbeit und der Oberbau, der ſie unſerm Auge entzieht, den entgegengeſetzten Schein hervorzurufen vermag, und je mehr es bisher verſäumt worden iſt, in dieſe Tiefen hinabzuſteigen, um ſo lohnender iſt es, wenn es gelingt, dem menſchlichen Geiſt zurückzuerobern, was ſein eigenes Werk iſt. Davon wird uns auch der Umſtand nicht abhalten dürfen, daß die römiſchen Juriſten ſelber bis zu dieſen Tiefen nicht hinabgeſtiegen ſind, daß ſie ſich, um im Bilde zu bleiben, auf den Tagbau, d. i. auf die offen zu Tage liegenden praktiſchen Parthieen des Rechts beſchränkt haben — ein Beiſpiel, das von uns Neueren nur zu getreulich befolgt worden iſt. In der Weiſe der römiſchen Juriſten lag es einmal nicht, auf dem Wege hiſtoriſcher oder rechtsphiloſophiſcher Unterſuchung bis zu den letzten Quellen des Rechts zurückzugehen oder auch nur einmal den Apparat, mit dem ſie arbeiteten, ihre allgemeinen Anſchauungen und ihre Methode zum Gegenſtand der Betrachtung zu machen. Selbſt eine Kritik des beſtehenden Rechts vom legislativ-politiſchen Standpunkt aus ſucht man bei ihnen vergebens, Wiſſen und Urtheil war bei ihnen in dem Maße eins und in dem Maße ein lebendiges Stück von ihnen ſelbſt, daß ſie gar nicht auf die Idee kamen, ſich, wie es ja bei der Kritik nöthig iſt, mit ſeinem Denken künſtlich aus der Sache zurückzuziehen, ſie zu iſoliren und objectiviren und ſich ihr als unbefangener Beobachter gegenüber zu ſtellen. Aber für alles das, was ſie verabſäumt haben, findet der, welcher richtig ſucht, das Material, es nachzuholen.

Hat denn aber unſere moderne Jurisprudenz dies nicht bereits längſt gethan? An Zeit hat es ihr doch wahrlich nicht gefehlt! Ich muß mir gefallen laſſen der Anmaßung bezüchtigt zu werden, aber ich kann nicht anders als ſagen: in dieſer Richtung hat ſie ſo gut wie Nichts geleiſtet. Es hat mich bei den Unterſuchungen, die ich im Folgenden anſtellen werde, kaum je das Gefühl verlaſſen, daß ich meinen Fuß auf völlig unbetretenes Land ſetzte, daß hier

Lager verborgen liegen, von deren Reichthum wir bisher kaum eine Ahnung gehabt, und von denen es mir begreiflicherweiſe nur beſchieden ſein wird, den kleinſten Theil zu heben und auch dieſen ſicherlich verſetzt mit vielen Schlacken. Die hiſtoriſche Jurisprudenz hält regelmäßig ihre Aufgabe für gelöſt, wenn ſie das Aeußere der hiſtoriſchen Erſcheinung ermittelt hat; wo die Quellen aufhören, glaubt auch ſie aufhören zu müſſen, über das Aeußere gehen aber, wie bemerkt, die Quellen ſelber ſelten hinaus. Der Rechtsphiloſophie dagegen, welche den Beruf gehabt hätte ins Innere zu dringen, iſt jene Aufgabe zu hiſtoriſch, jedenfalls kann man dem Philoſophen von Fach keinen Vorwurf daraus machen, daß er ſich rückſichtlich des poſitiven und juriſtiſchen Materials auf den Juriſten verläßt. Dieſe Abhängigkeit hat freilich für die Rechtsphiloſophie böſe Früchte getragen. Der geiſtige Bann, mit dem das römiſche Recht uns poſitive Juriſten ſo leicht beſtrickt, hat in ſeinen Wirkungen ſich auch auf ſie erſtreckt, indem ſie Begriffe, denen der Romaniſt einmal gewohnt iſt eine abſolute Wahrheit zuzuſchreiben, wie z. B. dem des römiſchen Eigenthums, unbeſehen als vollgültige Münze entgegennahm.[426a]) Dieſen Bann zu brechen, das Hiſtoriſche, Römiſche, das durch Zweckmäßigkeitsrückſichten oder andere Einflüſſe Bedingte in dieſen Begriffen nachzuweiſen und damit einen Maßſtab zu gewinnen für ihren Werth, iſt eine der Hauptaufgaben der folgenden Unterſuchungen. Machen wir uns zunächſt klar, worauf der Bann beruht.

Er läßt ſich mit einem Worte bezeichnen. Es iſt das Blendwerk der juriſtiſchen Dialektik, welche dem Poſitiven den Nimbus des Logiſchen zu geben verſteht, welche, indem ſie das Vorhandene vor unſerm Urtheil als vernünftig zu rechtfertigen ſucht, dabei

---

426a) So ſelbſt bei Trendelenburg, der ſich im übrigen durch Selbſtändigkeit des Urtheils auszeichnet, ſ. deſſen Naturrecht, Aufl. 2 S. 211: „Aus dem Begriff des Eigenthums folgt unbeſchränkter Anſpruch an die Sache, die Eigenthum iſt, in welcher Hand ſie ſich auch finde.“ Das iſt nichts als eins von den dem Romaniſten zum Axiom gewordenen Vorurtheilen; das Nähere in der zweiten Abtheilung dieſes Abſchnitts.

nicht den Weg einſchlägt, daß ſie die hiſtoriſche, praktiſche oder ethiſche Berechtigung deſſelben nachweiſt, ſondern den, daß ſie mit Hülfe von Geſichtspunkten, die erſt für dieſen Zweck erfunden ſind, die logiſche Nothwendigkeit deſſelben darzuthun verſucht. Es hat einmal etwas höchſt Verlockendes, ja man möchte ſagen es iſt eine im Weſen der Jurisprudenz ſelber tief begründete Verſuchung, daß ſie den realen Mächten gegenüber, mit denen ſie ſich in die Schöpfung des Rechts zu theilen hat, die Autonomie des juriſtiſchen Denkens zur möglichſten Geltung zu bringen und auch das Poſitive zur idealen Höhe einer logiſchjuriſtiſchen Wahrheit zu erheben ſucht. Gerade in der Gegenwart hat dieſe Richtung einen höchſt bedenklichen Grad erreicht — bedenklich aus dem Grunde, weil dieſe Scheinbegründung, dieſe logiſche Selbſttäuſchung von den wahren Quellen, in denen allein die letzten Gründe der Rechtsſätze zu ſuchen ſind, und damit vom wahren Verſtändniß des Rechts überhaupt abführt. Sollte man doch nach manchen neuern Erſcheinungen faſt glauben, als ſei das Recht im Weſentlichen nichts als eine Schöpfung der juriſtiſchen Dialektik, zu deren Verſtändniß praktiſche Anſchauungen überhaupt nicht nöthig ſeien, ein Tummelplatz für die Fanatiker ſcholaſtiſcher Spitzfindigkeit. Geblendet durch den Glanz des Logiſchen, der das römiſche Recht bedeckt und jedem, der ſich ihm naht, zuerſt in die Augen fällt, wird das Wahrnehmungsvermögen des Auges, wenn nicht die friſche Luft des Lebens es wieder kräftigt, nur zu leicht für alles andere abgeſtumpft; ſtatt der wirklichen Welt, in der die realen Mächte des Lebens regieren, erblickt es ausſchließlich nur noch die Fata Morgana einer Welt, in welcher der abſtracte Gedanke das Scepter führt. Da ſchwingt ſich denn der Begriff zur Rolle des Demiurgen auf: Er hat die Welt des Rechts gemacht, Er regiert ſie. An die Stelle der realen Kräfte, welche im Schooße des Rechts walten, ſetzt ſich die Dialektik des Begriffs; was jene geſchaffen und hervorgebracht, gibt ſie für ihr Werk aus, indem ſie, je nachdem es poſitiver oder negativer Art iſt, das eine als logiſch nothwendig, das andere als logiſch unmöglich deducirt. Die Stellvertretung und die Uebertragung

bei Obligationen iſt ausgeſchloſſen, weil der Begriff der Obligation ſie nicht verſtattet,[427]) der Erblaſſer kann nicht zum Theil aus dem Teſtament, zum Theil nach Inteſtaterbrecht beerbt werden, weil die teſtamentariſche und Inteſtaterbfolge logiſch incompatible Begriffe ſind,[428]) „aus der in dem Begriff des Erbrechts liegenden unmittelbaren Nachfolge ergibt ſich, daß nur eine Perſon erbberechtigt ſein kann, welche zur Zeit des Todes des Erblaſſers ſchon concipirt war",[428a]) die Specification muß Eigenthum geben, ohne daß die bona oder mala fides darauf von Einfluß ſein könnte, weil der Begriff dies verlangt, und ſelbſt der Eigenthumserwerb an der insula in flumine nata und am alveus derelictus iſt durch zwingende begriffliche Gründe ins Leben gerufen.[429])

427) Puchta, Pandekten §. 273 . . „nicht in einer Singularität des römiſchen Rechts, ſondern im Weſen der Obligationen gegründet." §. 280.

428) Ueber den praktiſchen Grund dieſes Satzes habe ich mich ſchon oben S. 147 ausgeſprochen.

428a) Puchta §. 450.

429) Ueber die beiden letzten Beiſpiele ſ. Puchta §. 154, 165. Andere bieten ſich ungeſucht in Menge. So iſt es z. B. nicht möglich, daß der Pfandbeſteller ſich für eine erſt demnächſt zu beſtellende Hypothek die Priorität reſervirt, weil „ein leerer Raum durch Privatbeſtimmung nicht begründet werden kann, indem dies dem Weſen des Pfandrechts entgegenſtände", Dernburg Röm. Pfandrecht II. S. 415. Ebenſo undenkbar iſt es nach Bremer Hypothek und Grundſchuld, Göttingen 1869 S. 36, daß „ſo lange das Alleineigenthum beſteht, ein ideeller Theil verpfändet werde, eben weil es unter dieſer Vorausſetzung keine partes pro indiviso gibt". Bei Arnold, der doch im übrigen für den Einfluß des wirthſchaftlichen und ethiſchen Elements ein offenes Auge bewährt hat, findet ſich ſogar die allgemeine Bemerkung (Cultur und Rechtsleben, Berlin 1865 S. 321), daß die „merkwürdigen Gegenſätze des römiſchen und deutſchen Rechts ſicherlich zum großen Theil dieſem logiſchen Element ihre Entſtehung verdanken." — In Puchta zählt die oben geſchilderte Richtung ihren namhafteſten Repräſentanten und, wenn ich nach eigener Erfahrung urtheilen darf, ſo hat gerade ſein Beiſpiel auf Manche einen beſtimmenden Einfluß ausgeübt. Wir dürfen hoffen, daß dieſe ungeſunde Richtung — ich kann ſie nicht anders bezeichnen —, dieſer Götzencultus des Logiſchen, ihren Höhenpunkt bereits erreicht hat, wenigſtens möchte es ſchwer ſein, die in dieſer Richtung begangenen Exceſſe noch zu überbieten. Dieſelben haben aber doch das Gute gehabt, daß ſie Jedem, der ſeine Augen noch nicht völlig verloren hat, dieſelben geöffnet haben.

Alle dieſe und ähnliche Sätze waren alſo bloß der Logik wegen adoptirt? Wie nun, wenn es einem neuern Geſetzgeber gefiele, gerade das Gegentheil feſtzuſetzen? Dann würde er ſich gefallen laſſen müſſen, daß wir ihn der „Willkühr" bezüchtigten und ſeine Begriffe als „monſtröſe" bezeichneten. [430]) Die directe Stellvertretung des heutigen Rechts, die Papiere auf den Innehaber, die Pfandrechte an eigener Sache (Handfeſten, Hypothekenbriefe) und eine Menge anderer moderner Begriffe — ſie alle alſo wären logiſche Mißbildungen? Anſtatt freudig in ihnen eine Erweiterung unſeres Vorſtellungsvermögens zu begrüßen, ſollen wir, weil unſere lahme Logik über die Begriffe des römiſchen Rechts nicht hinauskann, ihnen das Stigma des Unjuriſtiſchen aufprägen, eingeſtehen, daß wir alles, was nicht römiſch iſt oder ſich nicht über den römiſchen Leiſten ſchlagen läßt, nicht zu begreifen vermögen, gleich als enthielte das römiſche Recht den für alle Zeiten gültigen Kanon des juriſtiſch Denkbaren? Damit würden wir uns ſelber unſer Verdammungsurtheil ſprechen.

Brechen wir den Bann, mit dem der Irrwahn uns gefangen hält. [431]) Jener ganze Cultus des Logiſchen, der die Jurisprudenz

---

430) Puchta a. a. O. §. 135 Note c. §. 202 Note l. Die Beſtimmung des kanoniſchen Rechts, die Puchta an der erſten Stelle ſo hart tadelt („Bahn der Willkühr"), weil ſie zu ſeiner Vorſtellung vom Beſitz nicht paßt, ſetzt in Wirklichkeit für den Fall der Gewalt nichts anderes feſt, als was das römiſche Recht mittelſt der actio quod metus causa für den des Zwanges angeordnet hatte — und daran hat weder Puchta ſelber, noch irgend ein Anderer Anſtoß genommen! So abhängig iſt unſer Maßſtab über das „Willkührliche" vom römiſchen Vorurtheil!

431) Ich muß es mir verſagen, bei dieſer Gelegenheit nachzuweiſen, wie ſehr derſelbe unſere ganze Anſchauungsweiſe und unſere Methode der dogmatiſchen Behandlung beherrſcht. Wie ſelten operiren wir mit dem legislativen Zweck des Inſtituts, wie häufig mit einem abſtracten Geſichtspunkt, der demſelben geradezu widerſtreitet. Man denke z. B. an die Klagverjährung, wo Manche mittelſt des Geſichtspunktes der Nativität der Klage in einigen Fällen geradezu zu unverjährbaren Klagen gelangen oder die Vertheidiger der Fortdauer einer (bedingt erzwingbaren) obl. naturalis ſich kaum die Frage aufwerfen, wie dieſe Anſicht zu dem ausgeſprochenen Zweck der Klagverjährung

zu einer Mathematik des Rechts hinaufzuſchrauben gedenkt, iſt eine Verirrung und beruht auf einer Verkennung des Weſens des Rechts. Das Leben iſt nicht der Begriffe, ſondern die Begriffe ſind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, ſondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl poſtulirt, hat zu geſchehen, möge es logiſch nothwendig oder unmöglich ſein. Die Römer hätten verdient in Abdera zu wohnen, wenn ſie es je anders gehalten und die Intereſſen des Lebens der Schuldialektik zum Opfer gebracht hätten.

Aber, wird man mir einwenden, die römiſchen Juriſten ſelber operiren doch nicht ſelten mit dem Geſichtspunkt der logiſchen Nothwendigkeit und Unmöglichkeit. Gewiß! Allein welche Bewandniß hatte es damit? Für den Schulgebrauch iſt es ganz bequem, ſtatt der ausführlichen Darlegung der Verhältniſſe oder der praktiſchen Gründe, denen ein Rechtsſatz *wirklich* ſeinen Urſprung verdankt, einen Geſichtspunkt auszudenken, dem er ſich als logiſche Conſequenz unterordnet, er gewinnt damit einen gewiſſen Nimbus und prägt ſich leichter dem Gedächtniß ein, und in dieſem Sinn wollen wir uns derartige Deductionen der römiſchen Juriſten gern gefallen laſſen. Nur verlange man nicht, daß wir in den Geſichtspunkten, die ſie zu dem Zweck hie und da aufſtellen, den wirklichen Grund der Rechtsſätze und Begriffe erblicken.[431a]) Es ſind Rechen-

---

ſtimme. Ich ſelber will mich von dieſem Vorwurf übrigens keineswegs freiſprechen, bin mir vielmehr ſehr wohl bewußt, daß ich in früherer Zeit, als ich noch mehr unter dem Einfluß Puchta's ſtand, in dieſer Richtung eben ſo viel geſündigt habe, wie irgend ein Anderer.

431a) Dieſelben ſtreifen mitunter geradezu ans Wunderliche, ſo z. B. der „motus naturalis arboris" in L. 7 de S. P. U. (8. 2), die Begründung des Erforderniſſes der gleichzeitigen Exiſtenz des Erblaſſers und Inteſtaterben aus dem Begriff der Verwandtſchaft in §. 8 I. de her. ab int. (3. 1). Selbſt ein Paulus ſcheute ſich nicht, in L. 14 pr. de Serv. (8. 1) die Ausſchließung der Uſucapion bei den Servituten damit zu erklären, daß „nemo tam perpetuo tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur" — ein Grund, der die Uſucapion bei abweſenden Grundſtücken ebenfalls ausſchließen würde, denn auch auf ihnen iſt ja der Beſitzer nicht unausgeſetzt anweſend!

pfennige, Zahlmarken — ganz geeignet für den Zweck, dem ſie dienen ſollen, aber nicht wirkliches Geld. Immerhin möge alſo Pomponius den Satz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest aus der natürlichen Unvereinbarkeit der beiden Begriffe der teſtamentariſchen und Inteſtaterbfolge erklären,[432] nur ſoll uns Niemand glauben machen, daß ein Geſichtspunkt, der erſt jenem Satz zu Liebe erfunden iſt, und auf den kein Menſch verfallen würde, der den Satz ſelber nicht kennt, den hiſtoriſchen Grund deſſelben enthalte. Sich bei einem ſolchen Geſichtspunkt beruhigen, und gar alle Kunſt der Dialektik und Myſtik in Bewegung ſetzen, um ihn zu rechtfertigen, gleich als hätten die ungeſunden Speculationen eines modernen Theoretikers im Kopfe eines alten Römers Platz finden können, heißt ſeinen Verſtand und Glauben für ein Billiges dahingeben. So mögen immerhin andere Juriſten die Specification durch den Geſichtspunkt der Herrenloſigkeit der Sache motiviren.[433] Wer ſich damit abfinden läßt, der verſchließt ſich die Einſicht in das wahre Weſen der Specification. Nicht weil die neugebildete Sache in dieſer ihrer jetzigen Geſtalt noch nicht da war und keinen Herrn hat, fällt ſie dem Specificanten zu — dann müßte auch die bloße Zerſtörung der Sache Eigenthum geben —, ſondern weil ſie aus zwei Factoren gebildet iſt, von denen jeder einen Anſpruch auf Schutz erheben kann: Stoff und Arbeit. Eine wirthſchaftlich unentwickelte Zeit mag den Ausſchlag für den Stoff geben, aber eine Zeit, in der Gewerbe, Handel und Induſtrie blühen, kann dies nicht, ohne die Intereſſen des Verkehrs Preis zu geben. In demſelben Maße, in dem die Arbeit ſelber ſich entwickelt, entwickelt ſich auch das Recht der Arbeit.

So möge ferner die juriſtiſche Logik uns immerhin deduciren: die Früchte, die der gutgläubige Beſitzer auf fremdem Grund und

---

432) L. 7 de R. J. (50. 17) . . earumque rerum naturaliter inter se pugna est. Beim Soldatenteſtament ſetzte man ſich bekanntlich über dieſe naturalis pugna hinweg — dem Soldaten iſt ja die pugna nichts Fremdes!

433) L. 7 §. 7 de acq. dom. (41. 1).

Boden baut, müßten eigentlich dem Eigenthümer gehören. Der altrömiſche Bauer wußte in dieſem Verhältniß den Werth und das Recht der Arbeit beſſer zu würdigen, er ſprach das Eigenthum dem zu, der die Mühe davon gehabt hatte, und auch in ſpäterer Zeit, als man dem natürlichen Anſpruch des Grundeigenthümers gerecht ward, wies man denſelben in eine Form, in der er dem dritten Beſitzer der Früchte, d. h. der Sicherheit des Verkehrs nicht gefährlich werden konnte.

Wenn nun in dieſem und ſo manchen andern Verhältniſſen die Logik verlaſſen iſt, welche Bewandniß wird es mit denjenigen haben, in denen ſie befolgt iſt? Ich denke, in beiden Fällen ganz dieſelbe, nämlich das praktiſche Bedürfniß oder das Rechtsgefühl hat den Ausſchlag gegeben, und die Logik hat ſich gefügt. [433a]) So bei den Römern, ſo bei uns. Wäre das Bedürfniß nach Stellvertretung im alten Rom bereits dringend genug geweſen, um die Bedenken zu überwinden, die ihr in praktiſcher Beziehung entgegenſtehen, [434]) ſo würden dieſelben Perſonen, die heutzutage die logiſche Unmöglichkeit der directen Stellvertretung deduciren, muthmaßlich die logiſche Nothwendigkeit derſelben beweiſen, und mit der angeblichen logiſchen Undenkbarkeit der Uebertragung von Forderungen würde es ſich ſchwerlich anders verhalten. Kurz dieſe juriſtiſche dialektiſche Methode iſt um kein Haar beſſer als die von Hegel, an die Stelle der realen Motive, welche die Welt regieren: die ethiſchen,

---

433a) Man vergleiche beiſpielshalber folgende Fälle: L. 8 de nox. act. (9. 4), wo der Juriſt ſich das Bedenken wegen der Unmöglichkeit der Klage damit zurückweiſt: quod si non potest, evidenti injuria afficietur — Möglichkeit des Vorbehalts des Pfandrechts bei der Novation — L. 1 §. 1 si is qui test. (47. 4) u. a. m.

434) Aus dieſen Gründen iſt ſie z. B. auch vom türkiſchen Recht ausgeſchloſſen worden, Nic. von Tornauw Das moslemitiſche Recht, S. 95. — Die rein logiſche Betrachtung der Stellvertretung wird noch eifrig verfochten von Thöl Handelsrecht §. 25, der im Text dagegen eingelegte Widerſpruch hat Nachfolge gefunden bei Endemann Handelsrecht S. 129, Laband in Goldſchmidts Zeitſchr. für Handelsr. X. S. 184 fl., Unger, Verträge zu Gunſten Dritter, S. 12.

pſychologiſchen, wirthſchaftlichen, legislativpolitiſchen ſetzt ſie die juriſtiſchen Kategorien der Perſon, Sache, Handlung u. ſ. w.; ihre vermeintliche logiſche Nothwendigkeit iſt ganz wie bei Hegel der getreue Schatten der Wirklichkeit; weil es ihr ein Leichtes iſt, ihn vorausfallen zu laſſen, will ſie uns glauben machen, er ſei es, der vorangehe, und dem die Wirklichkeit folgen müſſe!

In dieſem Sinne habe ich die folgenden Unterſuchungen angeſtellt. Ich bin davon ausgegangen, daß die letzten Quellen der römiſchen Rechtsbegriffe in pſychologiſchen und praktiſchen, ethiſchen und hiſtoriſchen Gründen geſucht werden müſſen, daß aber die juriſtiſche Intuition: die Ueberzeugung von dem unmittelbaren logiſchen Daſein eines Begriffs keinem einzigen derſelben das Leben gegeben habe, ja daß die juriſtiſche Dialektik ſelbſt in der Richtung, wo ſie ſcheinbar völliger Selbſtändigkeit genoß, nämlich wo ſie die Conſequenzen der gegebenen Begriffe und Principien aufzudecken hatte, ſich weſentlich durch die praktiſche Angemeſſenheit des Reſultats hat leiten laſſen. Gar manches erſcheint im Gewande einer bloßen Conſequenz, was in Wirklichkeit eine ſelbſtändige Lebensberechtigung in ſich trug, und was, wenn man es nicht auf dem Wege der Schlußfolgerung hätte gewinnen können, auf unmittelbare Weiſe hätte beſchafft werden müſſen.

Der gegenwärtige Abſchnitt zerfällt in zwei Abtheilungen, von denen die erſte die allgemeine Theorie der Rechte zum Gegenſtande hat. Sie ſoll die Frage beantworten: auf welchen Momenten beruhte der Begriff des Rechts nach römiſcher Auffaſſung, wie dachte ſich der Römer die Beziehung des Rechts zum Subject, worauf baſirte er das Daſein des Rechts, wornach bemaß er die abſolute oder relative Richtung deſſelben u. ſ. w.

Bei dieſer ganzen Unterſuchung, die ich als eine Materialkritik der römiſchen Rechtstheorie bezeichnen kann, werde ich mich keineswegs auf das ältere Recht beſchränken, denn das Meiſte von dem, was wir hier finden werden, hat auch für das neuere ſeine Geltung beibehalten; ſoweit dies nicht der Fall, werde ich im dritten Syſtem darauf zurückkommen. Dagegen habe ich es nicht für nöthig ge-

halten, den Stoff zu erſchöpfen, es genügte ein Maß der Ausführlichkeit, welches ausreicht, den allgemeinen Geſichtspunkten die erforderliche Deutlichkeit und Anſchaulichkeit zu geben; die Anwendung auf übergangene Verhältniſſe kann Jeder ſelber machen.

Die zweite Abtheilung behandelt die einzelnen Rechte, aber nicht in ihrer ganzen Geſtalt — das überlaſſe ich der Rechtsgeſchichte — ſondern nur inſoweit, als ich glaube die herrſchenden Anſichten berichtigen oder erweitern zu können, wozu mir insbeſondere in Bezug auf die urſprüngliche Geſtalt des Eigenthums- und Obligationenrechts Gelegenheit geboten zu ſein ſchien. Daran wird ſich eine früher ausgeſetzte Unterſuchung über die angebliche Formloſigkeit der Eingehung der Ehe reihen. Dieſer Theil bildet daher kein in ſich abgeſchloſſenes Ganze, ſondern ein Aggregat von einzelnen rechtshiſtoriſchen Unterſuchungen, deren Ergebniß mir aber für den Geſammtzweck meines Werks unentbehrlich iſt.

Allgemeine Theorie der Rechte.

I. Begriff des Rechts.

1. Das ſubſtantielle Moment des Rechts.

Unzulänglichkeit des Willens- und Machtbegriffs für die Definition des Rechts. — Das ſubſtantielle Moment des Rechtsbegriffs und die damit gegebenen Begriffe: Nutzen, Gut, Werth, Intereſſe. — Die praktiſche Verwirklichung des Rechts: der Genuß. Die verſchiedenen Formen des Genuſſes. Die Dispoſitionsbefugniß ein Wahlrecht in Bezug auf die Genußformen.

Jus privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat. Ulpianus lib. I. Inst.
(L. 1 §. 2 de Just. et Jure.)

LX. Was iſt das Recht? Man kann auf dieſe Frage eine ganz verſchiedene Antwort ertheilen je nach dem Intereſſe und dem Standpunkt, für das und von dem aus man ſie aufwirft. Dem poſitiven Juriſten mag es genügen, wenn man ihm darauf die in den früheren Darſtellungen des römiſchen Rechts übliche Antwort ertheilt: Recht iſt die durch das Geſetz gewährte Möglichkeit des Zwangs (Thibaut) oder wie man denſelben Gedanken ſonſt mit andern Ausdrücken wiedergab.[435]) Mit einer ſolchen Antwort, die

435) „Die Befugniß ſelber etwas thun zu dürfen oder von einem Andern zu verlangen, daß er zu unſerm Vortheil etwas thue oder unterlaſſe" (Mackeldei, Seuffert). Am kürzeſten: „Befugniß zu (äußern) Handlungen (oder Unterlaſſungen) (Mühlenbruch), am ſchleppendſten: „Die auf eine gültige (!) Norm gegründete Befugniß zu einer beſtimmten (!) Aeußerung (!) der freien (!) Wirk-

im Grunde nur eine Beſchreibung, eine Angabe der äußern Erſcheinung des Rechts enthält, können wir uns aber für unſere Zwecke nicht begnügen. Die Antwort, die uns Noth thut, muß das Innere des Rechts: ſein Weſen treffen, wenn ſie uns ſonſt als Ausgangs- und Anhaltspunkt für die folgenden Unterſuchungen dienen ſoll.

Eine derartige Antwort müßte uns die Rechtsphiloſophie geben. Während Kant und ſeine Schule über die äußere Erſcheinungsform des Rechts: den Zwang nicht hinausgekommen ſind,[436]) hat Hegel — und ſein Einfluß iſt für die neuere poſitive Jurisprudenz bewußt oder unbewußt ein maßgebender geworden — die Subſtanz des Rechts ſowohl im objectiven als ſubjectiven Sinn in den Willen geſetzt. Darin lag für daſſelbe nach beiden Seiten ein ganz unläugbarer Fortſchritt, aber in der Einſeitigkeit ſeiner Verfolgung hat das Willensmoment dennoch vom rechten Wege abgelenkt und ebenſo, wie Kants Princip des Zwanges, mit einem reinen Formalismus des Rechtsbegriffs geendet. Die Bezeichnung des Rechts im objectiven Sinn als des „allgemeinen Willens" gibt in formaler Beziehung das Weſen deſſelben in einer Weiſe wieder, wie ſie nicht kürzer und treffender gedacht werden kann. Denn das Weſen des Rechts, was immerhin auch ſeine Aufgabe, ſein Ziel, ſein Inhalt ſein möge, beſteht in der Verwirklichung, die Vorausſetzung dazu aber iſt die Macht, das Organ und der Träger der Macht aber der Wille. Erſt durch ihn werden die Rechtsgedanken — die des Geſetzgebers im Geſetz, die des Volks im Gewohnheitsrecht — zu Rechtsſätzen, zu wirklichem, wahrhaftigem Recht erhoben, d. h. zu einer Macht,

---

ſamkeit in der Außenwelt (!) (Wening-Ingenheim). Bei ſolchen Definitionen wechſelt man einen Silberthaler gegen einen Papierthaler, man iſt ebenſoweit wie vorher. Was iſt Recht? „Befugniß zu handeln u. ſ. w." da bekommt man den Papierthaler ſtatt des Silberthalers. Was iſt Befugniß? „Recht zu handeln" — da erhält man den Silberthaler wieder zurück — es ſind Definitionen, bei denen man bloß die Ausdrücke, nicht die Begriffe in andere umſetzt.

436) Einleitung zu den Metaphyſ. Anfangsgründen der Rechtslehre: „Recht und Befugniß zu zwingen bedeuten alſo einerlei."

die das Leben geſtaltet und beherrſcht; ohne dieſe Bethätigung ihrer praktiſchen Kraft durch unausgeſetzte conſtante Verwirklichung wären ſie Gedanken, Ideen, Anſichten, wie alle andern, aber keine Rechtsſätze.

Für die dogmatiſche Darſtellung des Rechts reicht dieſe Auffaſſung, welche die für jene allein wichtigen Momente des Rechts: den Charakter der Poſitivität und Realität treffend wiedergibt, vollkommen aus; darüber hinaus nicht. Denn es fehlt ihr an einem Princip für den Inhalt des Willens: wenn ſie den Willen ſelber zu ſeinem eigenen Princip erheben will, um auf dieſe Weiſe zu einer inhaltlichen Füllung deſſelben zu gelangen, ſo artet dies in Sophiſtik aus.

Für unſere Zwecke hat nur die Verwendung des Willensbegriffs zur Erklärung des Rechts im ſubjectiven Sinn ein Intereſſe. Wenn letzteres nun zunächſt an den „allgemeinen Willen" in der Weiſe angeknüpft wird, daß der individuelle Wille nur ſoweit wollen könne, als er durch den allgemeinen gedeckt iſt, ſo iſt dies vollkommen richtig. Nur ſoweit dies Congruenzverhältniß reicht, kommt die Macht, mit der jener ausgerüſtet iſt, auch dieſem zu gute, ſchlägt das objective Recht zum ſubjectiven Recht nieder, darüber hinaus offenbart ſich die Ohnmacht des individuellen Willens, indem die Macht des allgemeinen Willens ihn zu Boden wirft. In dieſem Sinn kann man alſo das Recht als „concrete Einheit des Staats- und Einzelwillens" (Kierulff) bezeichnen, als ein in der Privatperſon concret und lebendig gewordenes Stück des allgemeinen Willens. Ganz anders aber, wenn man, wie dies nach dem Vorgang Hegels mehr und mehr auch die poſitive Jurisprudenz zu thun angefangen hat, in ähnlicher Weiſe wie die Subſtanz des objectiven Rechts in den allgemeinen, ſo die des ſubjectiven in den ſubjectiven Willen ſetzt. Dies iſt nicht bloß einſeitig, ſondern falſch.[437]) Daraus, daß mein Wille ſich nicht weiter

437) Von der Bedeutung, die der Wille für die Begründung des Rechts hat, wird an anderer Stelle die Rede ſein, hier handelt es ſich um ſeine

erſtrecken kann, als der allgemeine, folgt nicht, daß letzterer nicht weiter reichen kann, als der meinige, m. a. W. daß ich nicht ein Recht haben kann, welches nicht in meinem eigenen, ſondern im Willen des Geſetzes ſeinen Grund hat.

Indem die obige Anſicht dies überſieht, gelangt ſie conſequenterweiſe zu einer völligen Identificirung des ſubjectiven Rechts- und Willensbegriffes. Endzweck alles Rechts iſt für ſie das Wollen, Rechtsfähigkeit und Willensfähigkeit gilt ihr daher gleichbedeutend, das Recht erſcheint als ein abgegränztes Stück Willensſubſtanz. Die abſtracten Rechtstypen, die das Geſetz aufſtellt: die Begriffe des Eigenthums, der Obligation u. ſ. w. werden erſt dadurch concret-lebendig, daß der individuelle Wille ſie ausfüllt, ſie beſeelt, daß er ſich „in die Sache hineinlegt“.[438])

Dieſer Auffaſſung zufolge iſt demnach das ganze Privatrecht nichts als eine Arena für den Willen, ſich darauf zu bewegen und zu üben, der Wille iſt das Organ, durch welches der Menſch das Recht genießt, der Rechtsgenuß beſteht darin, daß er die Freude und Herrlichkeit der Macht empfindet, die Genugthuung hat, einen Willensakt vollzogen, z. B. eine Hypothek beſtellt, eine Klage cedirt und damit

---

Bedeutung für den Begriff, den Inhalt des Rechts, letzteres ſelber wird alſo als bereits erworben vorausgeſetzt.

438) Ueber Hegel ſ. die folgende Note. Ueber die gangbaren Definitionen ſ. die Lehrbücher der Pandekten von Arndts („Herrſchaft des Willens in Anſehung eines Gegenſtandes“) Sintenis („der zum Geſammtwillen erhobene Wille einer Perſon“) Windſcheid („ein gewiſſer Willensinhalt, von dem die Rechtsordnung in einem concreten Fall ausſpricht, daß er allem andern Willen gegenüber zur Geltung gebracht werden dürfe“). Am conſequenteſten hat Puchta dieſe Auffaſſung verfolgt, ſ. z. B. deſſen Pandekten §. 22: „Als Subjecte eines ſolchen in der Potenz gedachten Willens heißen die Menſchen Perſonen . . . Perſönlichkeit iſt alſo die ſubjective Möglichkeit eines rechtlichen Willens, einer rechtlichen Macht.“ §. 118: „Das Recht der ſelbſtändigen Perſönlichkeit . . fehlt dem Filius familias.“ Dazu die Note b: „Das Princip des alten Rechts war Unfähigkeit Vermögensrechte zu haben, das Princip des neuern iſt Unfähigkeit über das Vermögen irgendwie zu disponiren. Beides bringt in Bezug auf die Perſönlichkeit nahezu dieſelben praktiſchen Reſultate hervor.“ (!) Auch beim Unmündigen, Wahnſinnigen? — !

ſich als Rechtsperſönlichkeit dokumentirt zu haben.[439]) Welch ein armſeliges Ding wäre es aber um den Willen, wenn die nüchternen und niedern Regionen des Rechts das eigentliche Gebiet ſeiner Thätigkeit bezeichneten! Das wahre Reich des Willens, die Sphäre der ſchöpferiſch geſtaltenden Macht der Perſönlichkeit fängt erſt da an, wo jene aufhören; die Rechte ſind nicht der *Stoff*, das Object, ſondern die *Vorausſetzung* des wahren Wollens, nicht das *Ziel*, ſondern das *Mittel*. Wäre das Wollen Zweck des Rechts, was ſollten Rechte in Händen willenloſer Perſonen? Sie würden hier ja ihren Zweck, ihre Beſtimmung gänzlich verfehlen — eine Brille für einen Blinden!

Wenn die Perſönlichkeit und Rechtsfähigkeit mit der Willensfähigkeit zuſammenfällt, wie verträgt es ſich, daß alle Rechte der Welt (mir iſt wenigſtens keins bekannt, das es nicht gethan hätte) in den Kindern und Wahnſinnigen nicht bloß das rein Menſchliche der Perſönlichkeit: Leib und Leben anerkennen und ſchützen, ſondern ihnen auch mit geringen Modificationen dieſelbe Vermögensfähigkeit zugeſtehen, wie den willensfähigen Perſonen? Es iſt eine leidige Ausflucht, die nicht Stich hält, wenn man ſagt: das Geſetz reſpectire in ihnen die Möglichkeit *künftiger* Willensfähigkeit, es ſchütze auch den Keim des Willens. Ganz abgeſehen von den Fällen, wo dieſe Annahme auf eine reine Fiction hinauslaufen würde, wie z. B. bei einem Kretin, einem unheilbar Wahnſinnigen, ſo würde jene Rückſicht auf den künftigen Eintritt der Willensfähigkeit zwar allenfalls den Schutz der nackten Perſönlichkeit, nicht aber die Zulaſſung des Erwerbs concreter Vermögensrechte z. B.

---

439) *Hegel* Rechtsphil. (Aufl. 2. S. 111) deducirt das Intereſſe des Vertrages dadurch: „daß es das Intereſſe der Vernunft ſei, daß der ſubjective Wille allgemein werde und ſich zu dieſer *Verwirklichung* erhebe.“ Daß das „Bedürfniß, das Wohlwollen, der Nutzen u. ſ. w. es ſei, was die Menſchen zu Verträgen führe“, weiſt er damit zurück, daß dies nur für „ihr Bewußtſein“ gelte, d. i. ein bloßes ſubjectives Motiv ſei, in Wirklichkeit ſei es „die Vernunft an ſich, nämlich die Idee des reellen, d. i. nur im Willen vorhandenen Daſeins der freien Perſönlichkeit.“ Das „Wohl iſt dem Rechte als ſolchem ein Aeußerliches“ (S. 287), „die Beförderung des Wohls iſt Sache der Polizei“ (S. 288).

einer Erbſchaft zu rechtfertigen vermögen, in der letzteren Beziehung dürfte vielmehr als äußerſte Conceſſion nur die Vertagung des Erwerbs bis zur erlangten Fähigkeit eintreten können. Die einzige conſequente Abweiſung jenes Einwandes beſteht in der Antwort: die Anerkennung von Rechten in den Händen willensunfähiger Perſonen ſei lediglich Sache poſitiver Satzung, und in der That hat es einem neuern Rechtsphiloſophen nicht an dem Muth gefehlt, dieſelbe zu ertheilen und damit zu conſtatiren, daß die Philoſophie auf dem angegebenen Wege nicht dazu gelangen kann, die reale Welt zu begreifen.[440])

Und doch, ſollte man meinen, wäre dies ſo unendlich leicht. Nicht eines Künftigen, ſondern eines Gegenwärtigen wegen haben jene Perſonen ihr Recht, nicht wegen willkührlicher Laune des Geſetzgebers, ſondern in Anerkennung des Anſpruchs, den jedes menſchliche Weſen auf ſeiner Stirn trägt.[441]) Das Bedürfniß, das mit der

---

440) Ad. Helfferich, Die Kategorien des Rechts Berlin 1863 S. 8: „Da, wo der Wille als ſolcher ruht, exiſtirt kein wirkliches Recht . . und wenn das Geſetz den Rechtswillen ſchon beim Kinde u. ſ. w. ſchützt, ſo geſchieht es nicht, weil ſie ein Recht darauf haben, ſondern weil das Geſetz die Perſonencapacität beliebig (sic!) beſtimmen und abändern kann.“ Dahin alſo führt es, wenn man Recht und „Rechtswillen“ identificirt! Kinder, Wahnſinnige wären demnach eigentlich rechtlos, und wenn man ſie nicht ungeſtraft tödten kann, was doch, wenn ſie überhaupt kein Recht, folglich auch nicht auf ihr Leben haben, erlaubt ſein müßte, ſo beruht das bloß auf der Willkühr des Geſetzgebers, der „beliebig die Perſonencapacität beſtimmt und abändert“! Nicht beſſer Laſſalle, nach deſſen in ſeinem Syſtem der erworbenen Rechte B. 2, Leipzig 1861 entwickelter Auffaſſung das ganze Erbrecht nichts als eine Uebertragung des Willens des Teſtators auf den Erben enthält — höchſt einleuchtend bei der Beerbung eines Wahnſinnigen durch ein Kind!

441) Es iſt ein großes Verdienſt der Krauſe'ſchen Philoſophie und Schule (Ahrens, Röder), dieſe Seite des Rechtsbegriffs, die ich im Folgenden als das ſubſtantielle Moment deſſelben bezeichnen und weiter ausführen werde, richtig erkannt zu haben, wogegen ſie freilich die formale Seite deſſelben (§. 61) viel zu wenig betont. Uebrigens liegt jene Seite zu nahe, als daß ſie ſich der unbefangenen Betrachtung je hätte entziehen können, und ſchon Leibniz (ich bin gezwungen, dies Ahrens nachzuſprechen) hat ſie hervorgehoben. Stahl in ſeiner Rechtsphiloſophie hat ſich zwar von dem obigen Willens-

thieriſchen Natur des Menſchen unabweisbar geſetzt iſt, und deſſen Befriedigung in der geſicherten Form des Rechts einer der erſten Zwecke aller ſubjectiven Rechte iſt, dies Bedürfniß iſt bei jenen Perſonen in nicht minderem Grade vorhanden, als bei allen andern, und je weniger ihnen ſelber die Fähigkeit innewohnt für die Befriedigung deſſelben Sorge zu tragen, um ſo mehr iſt dies Aufgabe des Staats. Jene abſtracten Rechtsſubjecte, deren Daſein erſt mit dem Eintritt des Willensvermögens beginnt, ſind freilich ſo glücklich disponirt, daß ſie das Organ, durch das der natürliche Menſch ſich zuerſt mit den Dingen der Außenwelt in Rapport ſetzt: den Magen, überall nicht beſitzen, aber ſie leben eben auch nicht,

Denn wenn er keinen Magen hat
Wie ſoll der Edle leben?

Daß die Bedürfniſſe und Intereſſen dieſer Perſonen nicht auf das rein Thieriſche beſchränkt ſind, daß das Vermögen vielmehr auch bei ihnen einer Verwendung für höhere Zwecke theilhaftig werden kann, [441a]) z. B. für ihre eigene Erziehung, Unterſtützung ihrer

---

formalismus frei gehalten, allein zur poſitiven Erfaſſung des Richtigen iſt er nicht gelangt. Nur rückſichtlich des Vermögensrechts hebt er S. 282 die Befriedigung des Bedürfniſſes als bildenden Trieb deſſelben hervor, ohne aber die darin gelegenen Conſequenzen weder an dieſer, noch ſpäterer Stelle weiter zu verfolgen. Was er S. 283 über das römiſche Recht ſagt, zeugt nicht von einer Beherrſchung der hier einſchlagenden Begriffe.

441a) Freilich nur unvollkommen. Empfinden kann weder der Wahnſinnige noch das Kind, und ſoweit die ideale Beſtimmung und Function des Vermögens auf dem pſychologiſchen Moment der Empfindung, dem Selbſtwollen beruht, fällt dieſelbe bei ihnen hinweg. Die Freude des Wohlthuns, der uneigennützigen Dahingabe des Vermögens für fremde Zwecke (Note 457), der Genuß der Verfolgung und Erreichung ſelbſtgeſetzter Zwecke durch Mittel des Vermögens, und beſchränkten ſich dieſe Zwecke auch bloß auf den Erwerb oder das Vergnügen — iſt bei ihnen nicht möglich. Daraus ergibt ſich von ſelbſt die beſchränkte Stellung ihrer Vormünder, dieſelben dürfen nicht ſchenken, gewagte Geſchäfte vornehmen, ja nicht einmal frei kaufen und verkaufen, ihre Aufgabe geht lediglich auf „custodia“, d. h. das Vermögen möglichſt in ſeinem gegenwärtigen Zuſtande zu erhalten, man könnte das Rechtliche der ganzen Situation kurz bezeichnen mit dem Worte: das Vermögen im

nächſten Verwandten, wird keiner Bemerkung bedürfen. Nicht im Wege ſteht, daß die Verwendung deſſelben nicht durch ſie erfolgt; genug ſie erfolgt für ſie. Dieſer letztere Umſtand aber iſt der entſcheidende. Nach der obigen Anſicht, welche alles Gewicht auf das „Durch“ legt und die Bedeutung des „Für“ überſieht, würde bei jenen Perſonen der Vormund der Berechtigte ſein, denn er nimmt die Dispoſitionen über das Vermögen vor, ihm allein kommt der ideale Genuß zu gute, in den dieſe Anſicht den Zweck der Rechte ſetzt: der Hochgenuß, einen Willensakt vorzunehmen. Er ſei ihm gern vergönnt, wenn nur der reale Nutzen dem Mündel zu Theil wird! Berechtigt iſt nicht, wer das Wollen, ſondern den Genuß beanſpruchen kann. Erſteres läßt ſich zur Noth auf einen

---

Zuſtande der Erſtarrung. Die Seele fehlt ihm, d. h. die Perſon. Es iſt zwar ein Eigenthümer da, aber nicht der rechte, d. i. ein ſolcher, in deſſen Perſon es ſeine ganze Beſtimmung, alle ſeine Kräfte entfalten könnte, der es zu lenken und leiten verſtände nach frei geſetzten Zwecken und Zielen. Es iſt ein kümmerlicher Zuſtand: ein Roß in den Händen eines Reiters, der es nicht zu reiten verſteht, und der darum auch keine Freude an ihm hat, und den der Vormund feſt im Sattel halten muß. So erklärt es ſich, daß das altrömiſche Recht alle Kinder und Wahnſinnige mit alleiniger Ausnahme der sui heredes, bei denen der Erbſchaftserwerb ipso jure eintrat, vom Erwerb von Erbſchaften ausſchloß. Denn ſie ſind nicht die richtigen Erben, nicht diejenigen, welche der Nachlaß nöthig hat, um wieder zu leiſten, was er kann und ſoll. Wenn man dieſe ihre Ausſchließung vom Erbſchaftserwerb dadurch motivirte, daß dieſer Akt nicht durch Stellvertreter erfolgen könne, ſo war das nur ein rein juriſtiſcher Grund (ähnlich wie man die Unſtatthaftigkeit der Arrogation der Kinder und Frauenzimmer aus ihrer Unfähigkeit in den Comitien zu erſcheinen erklärte), der wahre Grund war der pſychologiſche, ethiſche, wirthſchaftliche: in dieſen Perſonen erreicht das Vermögen ſeine Beſtimmung nicht. Das einzige, was das Recht ihnen bei einer deferirten Erbſchaft concedirte, war, daß es ſich dazu verſtand, zu warten, ob nicht die Fähigkeit ſich noch einſtellte: bei dem Kinde bis zum zurückgelegten ſiebenten Jahre, beim Wahnſinnigen bis zum Tode. Mit jener Vorſtellung hing wie die Bon. Poss. decretalis, die wir kurz als Zuſtand des Wartens auf den rechten Eigenthümer bezeichnen können, ſo auch die substitutio pupillaris und quasi-pupillaris zuſammen — die beiden letztern ſollen den definitiven Anfall an einen Erben, der nicht die nöthige Fähigkeit erlangt hat, wiederum unſchädlich machen.

Andern übertragen oder lahm legen, letzteres nicht, ohne daß das Recht ſelber in gleicher Weiſe dadurch betroffen wird. Subject des Rechts iſt der, dem der Nutzen deſſelben vom Geſetz zugedacht iſt (der Deſtinatär); der Schutz des Rechts hat keinen andern Zweck, als die Zuwendung dieſes Nutzens an ihn zu ſichern. Welche Rolle der Wille dabei ſpielt, werden wir unten ſehen.

Handelte es ſich bei der obigen Anſicht lediglich um einen Mißgriff in der philoſophiſchen Formulirung des Rechtsbegriffes, ſo würde ich denſelben, nachdem ich ihn, wie ich glaube, als ſolchen erwieſen habe, hier nicht weiter verfolgen. Aber in Wirklichkeit handelt es ſich dabei um einen Gegenſatz in der Auffaſſung von ganz fundamentaler Art, — um einen Irrthum, der die richtige praktiſche Erkenntniß des Rechts in bedenklichſter Weiſe erſchwert und trübt. Es iſt hier nicht der Ort, dies ausführlicher zu begründen — es würde zu dem Zweck eine hiſtoriſche, weit in die Geſchichte der Jurisprudenz und der Rechtsphiloſophie zurückgreifende Abhandlung über das durch die Idee des abſtracten Willens im Recht angeſtiftete Unheil nöthig ſein — aber das folgende Beiſpiel wird, wie ich hoffe, das obige Urtheil vollkommen beſtätigen.[442])

Liegt der Endzweck des Rechts im Wollen, ſo müſſen alle Vereinbarungen, welche nichts Unſittliches oder Unerlaubtes enthalten, rechtlich verbindende Kraft haben, und in der That iſt ja das Dogma von der abſtract verpflichtenden Kraft der Verträge von Juriſten und Rechtsphiloſophen oft genug aufgeſtellt. Ein Vertrag alſo, der dem einen Theil eine Beſchränkung auferlegt, ohne dem andern den geringſten Nutzen zu gewähren, z. B. der,

442) Ein anderes Beiſpiel liefert die juriſtiſche Perſon. Die unnatürliche Auffaſſung derſelben, welche das Recht der einzelnen Mitglieder (der Deſtinatäre), derentwegen die juriſtiſche Perſönlichkeit allein ins Leben gerufen iſt, überſieht und dieſe Willensmaſchinerie zum Subject der Rechte erhebt, wurzelt lediglich in dem obigen Willensformalismus. Wer ſich über die Bedeutung des Verhältniſſes der Frage: durch wen? und für wen? klar iſt, wird es auch über die Bedeutung der juriſtiſchen Perſon ſein. Ich werde im §. 61 darauf zurückkommen.

daß Jemand ſein Grundſtück nicht veräußern, einen gewiſſen Beruf nicht ergreifen dürfe, würde demgemäß vollkommen gültig ſein. Daran würde ſelbſt der Umſtand, daß der Promiſſar nicht das leiſeſte Intereſſe an der Innehaltung des Vertrages anzugeben vermöchte, nicht das Geringſte ändern. Denn wozu noch ein ſolches Intereſſe? Der Zweck des Rechts beſteht ja einmal in der Willensmacht, der Herrſchaft, und eine Herrſchaft über den fremden Willen übe ich aus, wenn ich ihn zu Unterlaſſungen und Handlungen zwingen darf, einerlei ob dieſelben ein Intereſſe für mich haben oder nicht — jener ſpiritualiſtiſche Rechtsgenuß, bei dem die Willenstheorie es bewenden läßt: die Freude an der reinen Macht als ſolcher, die Satisfaction, ſeinen Willen durchzuſetzen, wird in beiden Fällen in gleicher Weiſe gewährt.

Wohin dies im Verkehr führen muß, leuchtet ein. Ungehemmt und unbeſchränkt kann die Saat der Unfreiheit ausgeſtreut werden, kann das Unkraut drückender, für den Verkehr wie für das berechtigte Individuum völlig werthloſer Beſchränkungen wuchern; unter der falſchen Freiheit geht die wahre zu Grunde, und der Wille gräbt ſich ſein eigenes Grab. Ein ſolcher Willensformalismus, der im Mittelalter in dem Princip der ſchlechthin verbindlichen Kraft promiſſoriſcher Eide einen verſchärften Ausdruck fand, war dem römiſchen Recht zu allen Zeiten völlig fremd. In ſorgſamſter Weiſe war daſſelbe bedacht, dieſer Selbſtvernichtung der Freiheit vorzubeugen (§. 33), und den Grund dazu legte es in der Geſtaltung des Rechtsbegriffs. Die Rechte ſind nicht dazu da, um die Idee des abſtracten „Rechtswillens“ zu verwirklichen, ſondern um den Intereſſen, Bedürfniſſen, Zwecken des Verkehrs zu dienen. In dieſem Zweck finden ſie, findet der Wille ſein Maß und Ziel.[442a]) Verträge, die mit dieſem Maßſtab gemeſſen des Intereſſes entbehren,

---

442a) Die weitere Ausführung dieſes Gedankens gedenke ich in einer Abhandlung über das Zweckmoment im römiſchen Privatrecht zu geben; kurz zuſammengedrängt wird der Inhalt derſelben im folgenden Bande dieſes Werks Aufnahme finden.

ſind nichtig, aus ihnen entſteht weder eine Servitut[443]) noch eine Obligation;[444]) die Rechte gewähren nichts Unnützes, der Nutzen, nicht der Wille iſt die Subſtanz des Rechts.

Doch dies führt uns bereits auf den poſitiven Theil unſerer Aufgabe. Es wird verſtattet ſein, den negativen in den Satz zuſammenzufaſſen:

> der Wille iſt nicht der Zweck und die bewegende Kraft der Rechte; der Willens- und Machtbegriff iſt nicht im Stande, das praktiſche Verſtändniß der Rechte zu erſchließen.

Zwei Momente ſind es, die den Begriff des Rechts conſtituiren, ein ſubſtantielles, in dem der praktiſche Zweck deſſelben liegt, nämlich der Nutzen, Vortheil, Gewinn, der durch das Recht gewährleiſtet werden ſoll, und ein formales, welches ſich zu jenem Zweck bloß als Mittel verhält, nämlich der Rechtsſchutz, die Klage. Erſteres iſt der Kern, letzteres die ſchützende Schale des Rechts. Jenes für ſich allein begründet lediglich einen thatſächlichen Zuſtand des Nutzens oder Genuſſes (faktiſches

---

443) Der Grundſatz und Beiſpiele in L. 15 de servit. (8. 1).

444) Beiſpiele in L. 61 de pact. (2. 14). Nur eine Ausnahme laſſen die römiſchen Juriſten zu, die aber gerade von einem ungemein feinen Takt zeugt. Der Eigenthümer kann als ſolcher in der Verwendung der Sache ſich durch rein individuelle Launen leiten laſſen, und daſſelbe verſtattet man ihm bei Veräußerung der Sache rückſichtlich der Auflagen, die er dem Käufer zu machen für gut findet, gleich als ob es ſich hier um Zurückbehaltung von unnützen Eigenthumsbeſtandtheilen handle (lex rei suae dicta). Für Servituten ſpricht dieſen Grundſatz aus L. 19 de serv. (8. 1) . . . quem quis vendat, für Verträge die L. 11 de relig. (11. 7) . . venierit und L. ult. Cod. de pact. int. emt. (4. 54) . . in venditionis vel alienationis contractu, wodurch der ſcheinbare Widerſpruch mit L. 61 cit. verſchwindet. Die genauere Entwicklung dieſes Geſichtspunktes der lex rei suae dicta habe ich jetzt in meiner Abh. über die paſſiven Wirkungen der Rechte gegeben, meine Jahrbücher X. S. 550 ff.

Intereſſe), der jeder Zeit ohne weitere Folgen von Jedem, der dazu thatſächlich in der Lage iſt, aufgehoben werden kann.[445] Den Charakter der Zufälligkeit, Hinfälligkeit verliert dieſer Zuſtand erſt dadurch, daß das Geſetz ihn unter ſeinen Schutz nimmt, der Genuß oder die Ausſicht auf denſelben wird dadurch ein geſicherter: ein Recht. Der Begriff des Rechts beruht auf der rechtlichen Sicherheit des Genuſſes, Rechte ſind rechtlich geſchützte Intereſſen.

Das erſte Moment, dem wir zunächſt unſere Aufmerkſamkeit zuwenden, ſtellt ſich dar in folgender Vorſtellungsreihe: Nutzen, Gut, Werth, Genuß, Intereſſe. Der Maßſtab, nach dem das Recht dieſe Begriffe bemißt, iſt keineswegs ausſchließlich der ökonomiſche: Geld und Geldeswerth; das Vermögen iſt nicht das Einzige, das dem Menſchen geſichert werden muß, über demſelben ſtehen vielmehr noch andere und höhere Güter ethiſcher Art: die Perſönlichkeit, Freiheit, Ehre, die Familienverbindung, — Güter, ohne welche die äußerlichen, ſichtbaren Güter gar keinen Werth haben würden.

Jedes Recht des Privatrechts iſt dazu da, daß es dem Menſchen irgend einen Vortheil gewähre, ſeine Bedürfniſſe befriedige, ſeine Intereſſen, Zwecke fördere. Von jedem Recht iſt alſo der Menſch der Deſtinatär,[446] ob auch das Subject, hängt davon ab, wie man ſich das Verhältniß bei der juriſtiſchen Perſon denkt (S. 219 u. §. 61).

Der angegebene Zweck trifft bei ſämmtlichen Rechten zu, mögen ſie dem Vermögens- oder dem Perſonenrecht angehören, alle

---

445) L. 26 de damno inf. (39. 2) non videri damnum facere (d. i. einen Schaden im Sinn des Rechts erleiden) qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur. Eine eigenthümliche Art dieſes factiſchen Genußverhältniſſes bilden die von mir ſo genannten und in meinen Jahrbüchern (X. S. 245 fl.) einer genaueren Betrachtung unterzogenen Reflexwirkungen fremder Rechte.

446) L. 28 §. 1 de usur. (22. 1) . . omnes fructus natura hominum causa comparavit. §. 12 I. de J. N. (1. 2).

ſollen mich fördern, mir einen Dienſt, Nutzen, Vortheil[447]) gewähren, die Freiheit ſo gut wie das Eigenthum, die Ehe ſo gut wie die Forderung — „es gibt kein zweck- und nutzloſes Recht; Wohl und Recht ſind keine Gegenſätze, ſondern in nothwendiger Beziehung zu einander" (Ahrens).

Ein Ding, das uns dieſen Dienſt zu leiſten vermag, nennen wir ein Gut, die Römer beſchränken den Ausdruck bekanntlich auf das Gut im ökonomiſchen Sinn: die Glücksgüter (bona). Demnach bildet ein Gut den Inhalt eines jeden Rechts — eine Definition des Rechts, die nicht von dem Begriff des Guts im weitern Sinn ausgeht, iſt in meinen Augen verfehlt.

An den Begriff des Guts reiht ſich der des Werths und Intereſſes an. Der Werthbegriff enthält den Maßſtab zur Beſtimmung der Tauglichkeit des Guts, der Intereſſenbegriff erfaßt dieſe Wertheigenſchaft in beſonderer Beziehung auf die Zwecke und Verhältniſſe des Subjects. Ein Recht, das an ſich einen Werth hat, kann für dieſes Subject ohne Intereſſe ſein, z. B. eine Ausſichtsgerechtigkeit für einen Blinden, die Berechtigung zum Beſuch eines Concerts für einen Tauben. Beide Begriffe ſind wie der des Guts nicht auf das Vermögen beſchränkt,[448]) nur hat der des

---

447) Für das Vermögen heben die römiſchen Juriſten dies Zweckmoment (commodum, emolumentum Gaj. II, 255, L. 75 de J. D. 23. 3) ausdrücklich hervor: bona, quod beant . . beare est prodesse L. 49 de V. S. (50. 16) L. 83 ibid.: proprie (d. h. im ökonomiſchen Sinn) bona dici non possunt, quae plus incommodi quam commodi habent. Ahrens macht mit Recht auch auf den Ausſpruch von Ulpian in L. 1 §. 2 de J. et J. (1. 1) aufmerkſam: privatum, quod ad singulorum utilitatem spectat, sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. S. auch L. 11 ibid.

448) S. z. B. L. 14 §. 1 de serv. corr. (11. 3) . . interest nostra animum liberorum nostrorum non corrumpi. L. 54 Mand. (17. 1) . . affectus ratione mandati agetur (auf Freilaſſung des Sklaven). L. 7 de ann. (33. 1) . . interest illius (auf Errichtung eines Monuments) L. 71 pr. de cond. (35. 1) interesse heredis credennum est (auf Sicherſtellung der Subſiſtenz eines Verwandten) L. 71 de evict. (21. 2) i. f. L. 5 §. 5 de his qui (9. 3). L. 1—6 de lib. causa (40. 12), namentlich L. 1 pr.

Werths allerdings außerhalb dieſer Sphäre kein praktiſches Intereſſe, denn das praktiſche Intereſſe deſſelben beſteht in der Möglichkeit, ſeine Abſtufungen in Geld auszudrücken, dieſer Werthmaßſtab des Geldes iſt aber nur anwendbar bei den Dingen, die für Geld zu haben ſind — die Freiheit, das Leben, die Ehre ſind inäſtimabel,[449] was aber das römiſche Recht nicht abgehalten hat, bei einer Verletzung dieſer Güter das Geld als Strafmittel öfters zur Anwendung zu bringen.[450]

Das Geld alſo iſt der ökonomiſche Werth- und Intereſſenmaßſtab. Denn das Geld iſt die Form, in die mittelſt der Operation des Kaufs alle Werthobjecte ſich auflöſen, und aus der ſie ſich wieder herſtellen laſſen — die Urſubſtanz, in der ſie alle enthalten ſind. Was käuflich iſt, iſt ſchätzbar d. i. auf Geld reducirbar (aes-timare), was der Verkehr ſchätzt (im doppelten Sinn: werth hält, hoch ſchätzt und bezahlt), kann auch der Richter ſchätzen (taxiren). Aber nicht Alles findet innerhalb des Vermögens ſein Aequivalent in Geld, gewiſſe Gegenſtände, ſelbſt wenn ſie um Geld erworben

---

quia semper parentis interest filium servitutem non subire. L. 2: quoniam servitus eorum ad dolorem nostrum injuriamque nostram porrigitur. L. 6 pr. de serv. exp. (18. 7).. cum venditoris affectionem forte simul et verecundiam laeserit. L. 7 ib. etiam affectionis ratione recte agetur. L. 71 de evict. (21. 2) interest enim patris filiam dotatam habere L. 5 §. 5 de his qui effud. (9. 3), wo die Klage dem gegeben wird, „cujus interest", trotzdem daß das „damnum pecuniarium" verneint wird. Verkehrt Arnold Cultur und Rechtsleben S. 102, 417, 422: die Inſtitute des Familienrechts, wie Ehe, väterliche Gewalt, Vormundſchaft, kämen, ſobald ſie als Inſtitute des Privatrechts aufträten, nur von Seite des Vermögens zur Sprache. Das Privatrecht habe es mit den Rechtsverhältniſſen der einzelnen Perſonen zu thun, ſoweit ſie einen Vermögenswerth haben.

449) Libertas inaestimabilis res est, L. 106 de R. J. (50. 17); L. 9 §. 2 de statul. (40. 7): libertas pecunia lui non potest. L. 3 si quadr. (9. 1) liberum corpus aestimationem non recipit.

450) Nicht bloß bei der act. injuriarum aestimatoria und den verſchiedenen Strafklagen wegen Beſchädigung oder Tödtung durch Menſchen oder Thiere, ſondern in ungleich weiterer Ausdehnung. Das Nähere im dritten Syſtem.

wurden, ſind uns doch wegen des perſönlichen Bandes, das die Gewohnheit oder die Pietät zwiſchen ihnen und uns geſponnen, für Geld nicht feil, es iſt nicht bloß das Werthobject, der Geldwerth, was wir an ihnen ſchätzen, ſondern das Concrete dieſer beſtimmten Species, dieſes Sachindividuum mit dieſer ſeiner Vergangenheit.[451])

Wie verſchieden ſich nun auch bei den einzelnen Rechten das Intereſſe beſtimme, ſo enthält doch jedes in Theſi zugelaſſene Recht den Ausdruck eines vom Geſetzgeber nach dem Standpunkt ſeiner Zeit für ſchutzfähig und ſchutzbedürftig anerkannten Intereſſes. Mit den Intereſſen wechſeln daher auch die Rechte, zwiſchen beiden findet bis zu einem gewiſſen Grade ein hiſtoriſcher Parallelismus Statt — nicht ſchlechthin, weil manche Intereſſen ihrer Natur nach dem mechaniſchen Zwange des Rechts widerſtreben. Für die ſcurrilen Witze, welche das Mittelalter in die Form von Rechten zu kleiden pflegte, fehlt uns heutzutage der Sinn, unſer Intereſſenmaßſtab im Recht iſt ein ſtrengerer geworden, obſchon in dieſer Beziehung immer noch genug zu thun übrig bleibt.[452]) Das römiſche Recht hat, wie bereits gezeigt, dieſen Geſichtspunkt des Intereſſes klar ausgeſprochen und conſequent durchgeführt; mit der Form des Rechts: der Klage iſt es von jeher ſehr ſparſam gewe-

---

451) Beiſpiele in L. 36 de bon. lib. (38. 2) praedia, in quibus majorum sepulcra . . . mancipium, quod non pretio, sed affectu aestimandum. Berückſichtigung dieſes Intereſſes im Recht: actiones arbitrariae zum Zweck der Erlangung der beſtimmten Sache ſtatt des Geldwerthes — Verbot der Veräußerung der Mündelgüter des bloßen Vortheils wegen, L. 22 pr. Cod. de adm. tut. (5. 37) . . . Nec vero domum vendere liceat, in qua defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines aut non videre fixas aut revulsas videre satis est lugubre.

452) So z. B. ſollten die Klagen aus Spiel und Wetten völlig aufgehoben werden; für den Verkehr haben dieſe Verträge gar kein Intereſſe, das geſellige Leben gehört nicht vor das Gericht, wer ſpielt und wettet, möge zuſehen, mit wem er es thut. Der einzige Grund, der ſich für ihre Klagbarkeit anführen läßt, iſt das obige (S. 326) Dogma von der abſtract verbindenden Kraft der Verträge — damit könnte man aber auch eine Klage auf den erſten Walzer begründen!

ſen und hat aus gutem Grunde in dieſer Beziehung eher zu wenig, als zu viel gethan. Die Rechtsformen, die es aufſtellt, entſprechen ſämmtlich einem ernſten Zweck des Verkehrs oder einem gerechtfertigten ethiſchen Intereſſe, für Scherze, Späße, individuelle Launen und Liebhabereien bieten ſie keinen Raum.

Daß auch in Rom der Intereſſenmaßſtab mit der wirthſchaftlichen, geiſtigen und ſocialen Entwickelung des Volks ſich veränderte, davon legt die Rechtsgeſchichte vielfach Zeugniß ab. Es möge genügen, hier ein Beiſpiel anzuführen, die übrigen will ich dem dritten Syſtem vorbehalten. Daſſelbe betrifft die Entwicklung des Rechts der Prädialſervituten; in ihr prägt ſich der Fortſchritt der Intereſſen in anſchaulichſter Weiſe aus. Dieſelbe beginnt mit denjenigen Servituten, welche bereits auf der niederſten Stufe der Landwirthſchaft ein Intereſſe haben: den Weg- und Waſſergerechtigkeiten.[453]) Für ſie hatte der altrömiſche Bauer ein Verſtändniß; den Werth einer durch eine servitus ne prospectui officiatur geſicherten ſchönen Ausſicht dürfte er ſchwerlich hoch angeſchlagen haben! Der Fortſchritt der Landwirthſchaft und die Veränderung in den Verhältniſſen des Weidelandes (ager publicus) brachte ſodann die übrigen Ruſticalſervituten, die Entwicklung des ſtädtiſchen Lebens, das gedrängte Wohnen, der Aufſchwung der Baukunſt, der Luxus und die Verfeinerung des Geſchmacks die Urbanalſervituten zum Vorſchein.[454]) Letztere verdanken ihren Urſprung nicht

---

453) Daß ſie die älteſten Arten waren, geht daraus hervor, daß ſie allein zu den res mancipi gehören.

454) Dieſer allmählige Fortſchritt iſt in der Art, wie die römiſchen Juriſten ſich über einzelne dieſer Servituten äußern, noch deutlich zu erkennen, man vergleiche z. B. L. 7 de Serv. (8. 1) L. 3 de S. P. U. (8. 2) L. 1 §. 1, L. 3 pr., L. 6 §. 1, L. 9 de S. P. R. (8. 3) L. 2 Comm. praed. (8. 4). Auch die Annehmlichkeit und Bequemlichkeit hat ihr Recht, L. 16 §. 1 quod vi (43. 24) . . si quaedam ex (non frugiferis) arboribus amoenitas praestetur . . interesse propter voluptatem et gestationem, L. 2 §. 12 Ne q. i. l. p. (43. 8) . . prospectus, aditus deterior aut angustior. Charakteriſtiſch für die Auffaſſung zu Juſtinians Zeit iſt es, daß in den Pandekten die Urbanalſervituten vor den Ruſticalſervituten behandelt werden — zugleich ein

einer Erweiterung des juriſtiſchen Denkens; des geiſtigen Blicks, ſondern dem Drang der Intereſſen und Bedürfniſſe, ihre Zulaſſung war eine vom Leben der Jurisprudenz abgenöthigte Conceſſion, das Zugeſtändniß, daß auch die Annehmlichkeit und Behaglichkeit des Wohnens ein des Rechtsſchutzes würdiges Intereſſe ſei, daß der Maßſtab des unmittelbar Nützlichen, mit dem die alte Zeit die Servituten gemeſſen („servitus fundo utilis esse debet") für die neuere Zeit ſich als zu eng erwieſen habe.[455])

Nachdem wir nunmehr die Bedeutung des Intereſſes für das Recht in Theſi entwickelt haben, würde ſich daran die Frage reihen müſſen: ob daſſelbe Verhältniß, welches zwiſchen beiden Begriffen in abſtracto gilt, nämlich daß das Intereſſe der Zweck und die Vorausſetzung des Rechts bildet, ſich auch in Hypotheſi wiederholen müſſe, ſo daß z. B. die beſtellte Weggerechtigkeit nur dann zu Recht beſtehe, wenn ſie für den Berechtigten von nachweisbarem Intereſſe ſei. Es ſcheint mir jedoch paſſender, dieſe Frage zunächſt auszuſetzen,[455a]) um vorläufig in der Entwicklung des Rechtsbegriffs weiter fortzufahren.

Die Thatſache, daß das Recht dem Berechtigten die von ihm begehrten Dienſte wirklich erweiſt, bezeichnen wir als Genuß des Rechts. Der Begriff der Ausübung des Rechts iſt ein weiterer, er umfaßt nämlich alles das, was der Berechtigte vermöge des Rechts vornehmen darf, dazu gehört aber außer dem Genuß auch die Behauptung und Verfolgung des Rechts im Fall ſeiner Verletzung.

Der Genuß nimmt nach Verſchiedenheit der Sache verſchiedene Formen an, bald iſt er mit dem Rechte ſelber, ſo lange es

---

ſchlagender Beleg dafür, wie wenig die Reihenfolge, in der Juſtinians Compilatoren gewiſſe Materien behandeln, mit Hugo zu Schlüſſen auf die hiſtoriſche Priorität berechtigt.

455) Auch für die Ruſticalſervituten erweiterte er ſich in derſelben Richtung, ſ. z. B. L. 3 pr. de aqua (43. 20) . . amoenitatis causa aqua duci potest. L. 3 pr. de S. P. R. (8. 3).

455a) S. den folgenden Band.

nicht verletzt iſt, von ſelbſt gegeben (z. B. Freiheit, Ehre, negative Servituten), bald ſetzt er ein Handeln des Berechtigten voraus, bald iſt die Art deſſelben ganz genau vorgeſchrieben und eng begränzt, bald iſt dem Ermeſſen des Berechtigten in dieſer Beziehung der weiteſte Spielraum geöffnet. Dieſer letztere Gegenſatz bedarf der näheren Ausführung; ein praktiſches Intereſſe hat er nur für das Vermögensrecht, auf das wir uns daher im Folgenden beſchränken werden.

Die Genußmöglichkeit, welche mir die Sache in factiſcher, das Eigenthum an derſelben in rechtlicher Beziehung gewährt, beſteht je nach Art der Sache bald lediglich in der bloßen Benutzung (dem uti und, wenn dieſelbe eine fruchtbringende iſt, dem frui), bald lediglich in der Conſumtion der Sache (res quae usu consumuntur), bald in beiden zuſammen. Zu dieſer Form des vom Eigenthümer in eigener Perſon vorgenommenen realen oder unmittelbaren Genuſſes geſellen ſich noch zwei andere, bei denen der Eigenthümer den realen Genuß auf einen Andern überträgt, um dafür einen andern einzutauſchen (ideale oder juriſtiſche Genußformen), nämlich:

1. der Genuß des Werthes, und zwar
   a. der Sache, indem in Form des Vertrages ein anderes Gut für ſie eingetauſcht wird, ſei es Geld (Kaufcontract),[455b] eine andere Sache (Tauſchcontract im engern Sinn), oder perſönliche Leiſtungen (locatio operarum, conductio operis, der Innominatcontract: do, ut facias),
   b. des Gebrauchs, indem das uti oder frui gegen Geld (locatio rei, Superficies, Emphyteuſis) oder ſonſtige Leiſtungen (z. B. Antichreſe) zeitweiſe oder auf immer überlaſſen wird.[456]

455b) Unter dieſen Geſichtspunkt fällt auch die Verpfändung der Sache, ſ. Note 461.

456) Der im Text geltend gemachte Geſichtspunkt iſt von den römiſchen Juriſten klar erkannt, ſ. z. B. L. 12 §. 2 de usufr. (7. 1) . . nam et qui

2. die unentgeltliche Dahingabe an Individuen oder gemeinnützige Zwecke, und zwar entweder
   a. der Sache, in Form der Schenkung, Pollicitatio, Stiftung, letztwilliger Zuwendungen, oder
   b. der Nutzungen, in Form des Commodats, Prekariums oder der ſchenkweiſen Beſtellung des Uſus oder Uſusfructus.

Auch die letztere Art der Verwendung ſchließt einen Genuß in ſich,[457] während die rein negative Entäußerung der Sache (Dereliction) oder die Nichtausübung eines zuſtehenden Gebrauchsrechts (non-usus) ein Verſchmähen deſſelben enthält.

Je nach Verſchiedenheit der Verhältniſſe, Zwecke, Lagen hat nun das Recht die Wahl dieſer verſchiedenen Genußformen mehr oder weniger beſchränkt oder gänzlich offen gelaſſen. Dem volljährigen Eigenthümer ſtehen ſämmtliche zu Gebote, nur in einigen Ausnahmefällen iſt ihm mit Rückſicht auf die einer andern Perſon

---

locat, utitur et qui vendit. L. 39 ibid. Qui pretio utitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur. L. 35 §. 1 ibid. L. 22 de her. pet. (5. 3) . . in locum hereditariae rei pretium ejus successisse.

457) Die römiſchen Juriſten haben dies wiederum richtig erkannt, ſ. z. B. L. 12 §. 2 de usufr. cit. . . Sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti. L. 54 §. 1 de furt (47. 2) . . nec movere quem debet quasi nihil lucri sui gratia facit (der Dieb, welcher ſtiehlt, um einem Andern zu ſchenken). Species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere. L. 7 de serv. exp. (18. 7) . . cum beneficio affici hominem intersit hominis. L. 78 §. 2 de J. D. (23. 2) . . vel pretio vel beneficio . . aut cuivis magis gratiam praestare. So auch Seneca de benef. I. c. 6. Quid est ergo beneficium? Benevola actio, tribuens gaudium capiensque tribuendo. Eine praktiſche Conſequenz jener Auffaſſung (die aber den römiſchen Juriſten noch nicht zum vollen Bewußtſein gekommen war, wie aus der Deduction in L. 71 de evict. [21. 2] hervorgeht) iſt die, daß die Evictionsklage auch dem Schenker gegeben werden muß, wenn dem Beſchenkten die Sache evincirt wird, während dieſelbe hinwegfällt, wenn die Sache derelinquirt iſt und dem Occupanten evincirt wird, L. ult. de evict. (21. 2); in jenem Fall wird ein Erfolg vereitelt, auf den der Käufer ein Recht hatte.

eingeräumte Expectanz auf die Sache die Form 1 a verſchloſſen, ſo z. B. beim Dotalgrundſtück, Familienfideicommiß, ohne daß die römiſchen Juriſten darin eine Alterirung des Eigenthumsbegriffs erblickt hätten. Beim minderjährigen Eigenthümer iſt dieſe Form an die Genehmigung der obervormundſchaftlichen Behörde geknüpft, dagegen die Form unter 2 a völlig verſchloſſen. Beim gewöhnlichen Rentenlegat ſteht dem Legatar wie bei jedem andern die freieſte Transactionsbefugniß zu, dagegen beim Alimentenlegat iſt er an die vom Teſtator angeordnete Genußform gebunden, wenigſtens iſt eine weſentliche Alterirung derſelben, z. B. mittelſt Zahlung einer abermaligen Abfindungsſumme durch die Mitwirkung der Obrigkeit bedingt.

Den äußerſten Gegenſatz zu dem unbeſchränkten, ſämmtliche Genußformen in ſich vereinigenden Eigenthum bildet das Recht des Gemeingebrauchs (usus publicus) an den öffentlichen Sachen.[458]) Daſſelbe iſt beſchränkt auf das reale uti in eigener Perſon. Von dieſer niederſten Stufe der Genußmöglichkeit bis zu der höchſten Spitze: dem freien Eigenthum baut ſich eine Scala von Abſtufungen auf, bei denen bald die eine, bald die andere der obigen Formen fehlt. Die Benutzung der res religiosae iſt gleich der der res publicae ausſchließlich auf den Gebrauch beſchränkt, für den ſie beſtimmt ſind,[459]) aber es geſellt ſich die Möglichkeit der Ueberlaſſung des Gebrauchs an Andere hinzu, wohl bemerkt nur des unentgeltlichen — aus res religiosae ſoll kein Geld gemacht werden.[460]) In den jura in re ſteigert ſich die Verwendungsmöglichkeit von dem uti zum frui bis zum consumere, d. h. von der niederſten Form des eigenen realen Gebrauchs (Prädialſervituten und perſönliche Servitut des usus und der habitatio) zu der Wahlfreiheit im Gebrauch (usus fructus) bis zum Recht der Conſum-

458) Daß es ein Recht iſt, ebenſo wie das im Text erwähnte Recht an res religiosae, darüber ſ. §. 61.

459) L. 12 §. 1 de relig. (11. 7) . . ne sepulcrum aliae conversationis usum accipiat.

460) L. 2, L. 9 Cod. de relig. (3. 44) L. 14 Cod. de leg. (6. 37).

tion, der realen im Quaſi-uſusfructus, der juriſtiſchen oder ökonomiſchen im Pfandrecht.

Dieſe Abſtufung der Genußformen, möge ſie die Form beſonderer Rechte annehmen oder, wie beim Eigenthum, innerhalb eines und deſſelben Rechts Platz greifen, dieſe Abſtufung alſo bezeichnet einen großen Theil deſſen, was man unter dem Begriff der *Dispoſitionsbefugniß* zu verſtehen pflegt. Der Angelpunkt, um den die Dispoſitionsbefugniß ſich bewegt, iſt, wenn wir von dem wenig wichtigen Fall der Dereliction abſehen, die *Wahl der Modalität des Genuſſes*. Alle Rechtsgeſchäfte, die der Eigenthümer abſchließt, ſind Akte, durch die er *genießt*: er möge verkaufen, vertauſchen, verſchenken, verpachten, vermiethen, oder jura in re beſtellen. Auch bei der Verpfändung genießt er, nämlich einen Theil des Werths oder den ganzen Werth der Sache, nur daß er ſich die Einlöſung vorbehält.[461]) *Freiheit der Dispoſition* iſt demnach *Freiheit* in der *Wahl der Genußformen*, Beſchränkung *jener* Beſchränkung *dieſer*. Damit erſchließt ſich für den Willens- oder Machtbegriff innerhalb des Rechts[462]) ein inhaltsreicher, fruchtbarer Geſichtspunkt. Indem der Wille ſich an das ſubſtantielle Element des Rechts: an den Genuß anſchmiegt, erhält er ſtatt der öden, dürftigen ihm zugedachten Rolle, den Gedanken der Herrſchaft oder Macht zu repräſentiren, die dankbare Aufgabe, überall da, wo nicht das Geſetz die Richtung und die Art und Weiſe, in der das Recht dem Subject dienſtbar werden ſoll, unabänderlich feſtgeſetzt hat, dieſe Direction ſelber zu beſtimmen, die Verwendung des Rechts den Bedürfniſſen und Zwecken dieſes beſtimmten Subjects individuell anzupaſſen. Daß damit die

461) Die Verpfändung erſetzt den Verkauf der Sache, ſie verſchafft dem Eigenthümer daſſelbe, was er durch letzteren erzielen kann: Geld, aber ohne die ſofortige Aufgabe der Sache; es iſt dieſelbe Manipulation, wie beim Verkauf: Verwandlung der Sache in Geld, aber ohne die definitive Dahingabe der Sache.

462) Ich ſage ausdrücklich: *innerhalb*; die hohe Bedeutung, die der Wille für den Erwerb des Rechts hat, ſteht hier überhaupt noch nicht zur Frage.

Thätigkeit des Willens ſelbſt innerhalb des Rechts nicht erſchöpft iſt, braucht nicht geſagt zu werden. Aber was ihm außerdem noch erübrigt: die Verſchmähung des Rechts und die Behauptung deſſelben im Fall ſeiner Verletzung, tritt an innerer Bedeutung hinter der obigen Aufgabe weit zurück. Der Genuß iſt Selbſtzweck des Rechts, die Behauptung des Rechts nur Mittel zum Zweck, der Verſchmähung wegen aber iſt kein Recht gegeben, die Befugniß dazu könnte ſogar entzogen ſein, ohne daß damit der Begriff des Rechts alterirt würde (z. B. bei der Freiheit, bei dem Recht des Gemeingebrauchs), aber was dem Recht nie fehlen kann, iſt der Genuß — Genuß ohne Dispoſition bildet immer noch ein Recht, Dispoſition ohne Genuß nicht! Um dieſen Begriff dreht ſich das ganze Leben und Daſein des Rechts, an dieſen Mittelpunkt hat daher auch der Wille ſich anzulehnen, wenn er zum Zweck des Ganzen mitwirken will. Was er einbüßt, indem er von der Höhe, auf die ihn eine falſche Abſtraction gehoben hat, herabſteigt, gewinnt er doppelt, indem er einen praktiſchen Antheil an der Bewegung des Rechts erhält. Möge man dann immerhin das Recht in ſeiner Totalität als Macht bezeichnen, — wenn man ſich nur bewußt bleibt, daß die Macht nicht der Zweck des Rechts, ſondern nur die Form iſt, in der das Recht ſeinen Zweck zu erreichen hat.

2. Das formale Moment des Rechts.

Der Selbſtſchutz der Intereſſen oder die Klage — die Gränze dieſes Schutzes. — Klagmechanismus und Recht der Deſtinatäre im Verhältniß der Corporationen und Stiftungen. — Rechtsverhältniſſe an res religiosae und publicae (Recht des Gemeingebrauchs). — Gegenſatz des Individual- und Gemeinrechts — der Beſitz und die bonae fidei possessio.

LXI. Das zweite Moment des Rechts iſt der rechtliche Schutz — Rechte ſind rechtlich geſchützte Intereſſen, Recht iſt die rechtliche Sicherheit des Genuſſes.

Nicht alle Intereſſen *bedürfen* des rechtlichen Schutzes, nicht alle ſind deſſelben *fähig*.[463] Und ferner: nicht jedes Geſetz, welches mein Intereſſe ſchützt, erzeugt für mich ein Recht. Das Geſetz, welches im Intereſſe gewiſſer Fabrikationszweige Schutzzölle einführt, kommt den Fabrikanten *zu gute*, es *ſchützt ſie*, und dennoch gewährt es ihnen keine *Rechte*. Wie verträgt ſich dies? Es liegt hier nur eine rechtliche *Reflexwirkung* vor, ein Verhältniß, das allerdings mit dem Recht die größte Aehnlichkeit hat, aber um ſo ſorgfältiger von ihm geſchieden werden muß.[463a] Der Staat erläßt das Geſetz in Wirklichkeit in *ſeinem* Intereſſe, welches hier freilich mit dem der Fabrikanten ebenſo Hand in Hand geht, wie bei einem Legat, wodurch Jemand ſeiner Nichte für den Fall ihrer Verheirathung eine Dos legirt, das der Legatarin und das ihres Mannes. So wenig wie letzterer einen rechtlichen Anſpruch auf Auszahlung des Legats erhält, ebenſowenig die Fabrikanten auf Vollzug des Schutzzollgeſetzes, die Anwendung deſſelben iſt von *ihrem* Wollen oder Nichtwollen völlig unabhängig, lediglich Sache der betreffenden Behörden. Ganz daſſelbe gilt für die Polizei- und Criminalgeſetze, ſie ſchützen uns, aber nicht in Form eines uns zuſtehenden Rechts.

Demnach kommt zur Vervollſtändigung unſeres Begriffs — ich halte es für nöthig daran zu erinnern, daß ich hier bloß von *Privatrechten* ſpreche — noch das Moment hinzu, daß dem Berechtigten ſelber der Schutz ſeines Intereſſes anvertraut iſt, daß er rückſichtlich dieſes Schutzes nicht von der Gnade eines Andern abhängig iſt, ſondern ſelber die *Initiative* ergreifen kann. Dieſe Initiative iſt nach römiſchem Recht die *Klage*, d. h. die Anrufung des zur Gewährung dieſes Schutzes verpflichteten *Civilrichters*. Sonach läßt ſich alſo das Recht definiren als *Selbſtſchutz des Intereſſes*. Ob dieſer Schutz in eigener Perſon oder

463) Dies überſieht die Krauſeſche rechtsphiloſophiſche Schule (Note 441).

463a) Ich habe das Verhältniß inzwiſchen in meinen Jahrbüchern X. S. 245 fl. einer eingehenden Betrachtung unterzogen.

durch Stellvertreter, zu denen für handlungsunfähige Perſonen auch die Vormünder gehören, ausgeübt wird, verſchlägt nichts, denn immer wird hier die Klage erhoben im Namen des Berechtigten, und der Erfolg derſelben kommt ihm zu gute.

Die Klage alſo iſt das Kriterium der Privatrechte. Wo die Klage anfängt unausführbar zu werden, hört die Möglichkeit des civilrechtlichen Schutzes der Intereſſen auf, wird deren Schutz Sache der Verwaltung, unausführbar aber wird ſie bei dem Punkt, wo die Bedingungen, an deren Daſein die Möglichkeit richterlicher Entſcheidung geknüpft iſt: die genaue Begränzung der Klage nach Perſon, Gegenſtand, Vorausſetzungen und Wirkungen, beziehungsweiſe die Möglichkeit des civilproceſſualiſchen Beweiſes dieſer Momente, hinwegfallen.[464]) Der Civilrichter kann nur diejenigen Intereſſen ſchützen, welche die Geſtalt feſter Körper an ſich tragen; wo ſie dieſe Form abſtreifen und in den luftförmigen Zuſtand übergehen, ſich ins völlig Unbeſtimmte verlieren, hört ſeine Macht auf[464a]) — man kann Wolken nicht in einen Sack oder eine Kapſel fangen, — der Richter aber muß die Sache faſſen und greifen können, um ſie mit Sicherheit zu beurtheilen, es gilt für ihn daſſelbe, was Cicero[464b]) von den Geſetzen ſagt: tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt.

---

464) Seneca de benef. III. 7 . . omnia fora vix sufficient. Quis erit. qui non agat, quis, cum quo non agatur? . . Quaecunque in cognitionem cadunt, comprehendi possunt et non dare infinitam licentiam judici. Ein paſſendes Beiſpiel gewährt die Frage von dem Recht auf den Namen bez. dem Recht, die Annahme deſſelben einem Andern zu verwehren; „ſolche Intereſſen wahrt die Verwaltungsbehörde", Gerber, Deutſches Privatrecht, Aufl. 10 §. 34, Note 1.

464a) Darum kann es z. B. nicht Aufgabe des civilproceſſualiſchen Verfahrens ſein, den nachtheiligen Einfluß der Verminderung des Werths des Geldes auf ſo manche Rechtsverhältniſſe (z. B. auf ein für alle Mal fixirte dauernde Geldpräſtationen) rechtlich auszugleichen; das Gegentheil würde dahin führen, daß der Richter nicht bloß die Werthverringerung im Lauf eines Jahrhunderts, ſondern auch die innerhalb eines Jahrzehnts und ſelbſt eines einzelnen Jahres unterſuchen müßte.

464b) Cic. de off. III. 17: Aliter leges, aliter philosophi tollunt

Den vorgeſchobenſten Punkt, bis zu dem der Schutz der Intereſſen in Form der Klage ſich im römiſchen Recht erſtreckt, bezeichnen die actiones populares (I. 201). Die Intereſſen, um die es ſich bei ihnen handelt, verlieren ſich in der That ins Unbeſtimmte, Allgemeine, es ſind die der Gemeinſchaft, des Publikums; die Handlungen, gegen welche ſie Schutz gewähren ſollen, ſind gemeingefährlicher Art. Nicht überall aber, wo es derartige Intereſſen gilt, findet eine actio popularis Statt, m. a. W. die letztere Klage iſt kein Princip (Idee des rechtlichen Schutzes allgemeiner Intereſſen), ſondern ſie iſt beſchränkt auf diejenigen Fälle, wo das poſitive Recht ſie aufgeſtellt und nach Vorausſetzungen und Wirkungen ſo genau fixirt hat, daß damit die praktiſche Durchführbarkeit der Klage ermöglicht und geſichert iſt.[465])

Auch in dem Verhältniß der juriſtiſchen Perſonen, ſowohl der Corporationen als milden Stiftungen handelt es ſich um ſolche ſich mehr oder weniger ins Unbeſtimmte und Allgemeine verlierende Intereſſen, und der Verſuch, dieſelben unter die gewöhnliche Form der Klage zu bringen, würde hier auf unüberſteigliche Hinderniſſe ſtoßen. In welcher Weiſe das römiſche Recht dieſe Aufgabe gelöſt hat, iſt bereits früher (S. 216—218) entwickelt worden, und es bleibt uns hier nur übrig, uns über die eigenthümliche Verſchiebung, welche hier zwiſchen dem ſubſtantiellen und formalen Element des Rechts eintritt, Rechenſchaft zu geben. Beſchränken wir

---

astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia.

465) Ein intereſſantes Beiſpiel ſ. in L. 2 §. 24 Ne quid in l. p. (43. 8) hoc interdictum (§. 20 ibid.) tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non, harum enim cura pertinet ad magistratus, intereſſant zugleich in der Beziehung, um zu veranſchaulichen, wie nahe bei den obigen Intereſſen die Form des rechtlichen und die des adminiſtrativen Schutzes ſich berühren. Die gediegene Bearbeitung, der ſich die Popularklagen inzwiſchen durch Bruns (Zeitſchr. f. Rechtsgeſchichte III. S. 341 fl.) zu erfreuen gehabt haben, überhebt mich der Nothwendigkeit eines weiteren Eingehens auf dieſelben.

uns zunächſt auf die Corporation, bei der das natürliche Sachverhältniß durch die juriſtiſche Form verhältnißmäßig am wenigſten verdeckt wird. Niemand wird darüber im Zweifel ſein, daß die einzelnen Mitglieder es ſind (die gegenwärtigen und zukünftigen), denen die Rechte, mit denen die juriſtiſche Perſon ausgeſtattet iſt, zu gute kommen, und daß dieſe Wirkung nicht eine zufällige (Reflexwirkung), ſondern daß ſie der Zweck des ganzen Verhältniſſes iſt, daß alſo die einzelnen Mitglieder die wahren Deſtinatäre der juriſtiſchen Perſon ſind. Wenn nun die Rückſicht auf die Praktikabilität der Klage es mit ſich bringt, daß nach außen hin nicht die einzelnen Mitglieder, ſondern nur die zur künſtlichen perſönlichen Einheit erhobene Geſammtheit derſelben die gemeinſamen Intereſſen verfolgen darf, ſo liegt darin zwar eine Abweichung von der gewöhnlichen Geſtalt des Privatrechts, bei der dem Quotenrecht auch eine Quotenklage entſpricht, allein es gehört die gänzliche Befangenheit im juriſtiſchen Formalismus dazu, (Note 442), um über dieſer juriſtiſchen Form den realen Sinn und Zweck des ganzen Verhältniſſes zu verkennen und den einzelnen Mitgliedern alles und jedes Recht abzuſprechen.[466]) Die juriſtiſche Perſon als ſolche iſt völlig genußunfähig, ſie hat keine Intereſſen und Zwecke, kann alſo auch keine Rechte haben, denn Rechte ſind nur da möglich, wo ſie ihre Beſtimmung erreichen d. h. dem berechtigten Subject dienen können — ein Recht, das in der Perſon des Berechtigten nie dieſen ſeinen Zweck zu erfüllen vermag, iſt ein Unding, ein Widerſpruch gegen die Grundidee des Rechtsbegriffs. Wo der Schein einer ſolchen Abnormität vorliegt, iſt dies eben

466) Die äußerſte und wahrhaft haarſträubende Conſequenz, zu der es dieſe Auffaſſung gebracht hat, iſt die, daß bei ſämmtlichen juriſtiſchen Perſonen, alſo auch bei denen, welche reine Privatzwecke verfolgen, das Vermögen, inſofern nicht vorher ein gültiger Beſchluß über die Verwendung desſelben gefaßt ſei, mit Aufhebung derſelben an den Fiscus falle. Man könnte ebenſo gut behaupten, daß eine Sache durch Auseinanderfallen, durch Auflöſung in ihre einzelnen Stücke res nullius werde. S. dagegen jetzt meine Ausführung in meiner Abh. über die paſſiven Wirkungen der Rechte, Jahrbücher X. S. 437.

bloßer Schein, hinter dem Afterſubject ſteckt das wahre. Entfernt man ſich einmal von dieſer Grundidee des Rechts, die in dem Satz, daß lediglich der Menſch der Deſtinatär, das Beſtimmungsſubject der Rechte iſt (Note 446), ihren Ausdruck findet, ſo trifft der Unfug mit dem Perſonificiren gar keine Gränze mehr, und nachdem man einmal bei den Prädialſervituten Grundſtücke zum Rang von Perſonen (warum nicht auch Brauhäuſer, Apotheken u. ſ. w. mit Realprivilegien?) erhoben hatte, konnte es kaum noch Wunder nehmen, daß ſelbſt die Papiere auf den Innehaber derſelben Ehre theilhaftig wurden.

Nein! nicht die juriſtiſche Perſon als ſolche, ſondern die einzelnen Mitglieder ſind die wahren Rechtsſubjecte, jene iſt nichts als die nach außen gekehrte eigenthümliche Erſcheinungs- und Vermittlungsform ihrer rechtlichen Beziehungen zur Außenwelt, für den Verkehr im Innern hat dieſe Form nicht die geringſte Bedeutung, hier gelangt der Geſichtspunkt des Rechts der Einzelnen auch formal zur vollen Geltung; die Rechte, die verfaſſungsmäßig (ſtatutenmäßig) jedem Einzelnen zuſtehen, kann er, wenn ſie ihm beſtritten oder durch einen verfaſſungswidrigen Majoritätsbeſchluß entzogen werden, im Wege der Klage verfolgen.[467] Die durch die eigenthümliche Natur des Verhältniſſes gebotene Ausſchließung des individuellen Verfügungsrechts, die Unterordnung des Einzelnen unter den Willen der Majorität bei verfaſſungsmäßigen Beſchlüſſen, prägt dieſen Rechten zwar auch nach der innern Seite hin einen von dem Typus der gewöhnlichen Rechte abweichenden Charakter auf, entzieht ihnen aber den Charakter von Rechten nicht. Wer

---

467) Das römiſche Recht gibt zwar den Namen der Klage nicht an, allein daß es dies Verhältniß nicht ohne Rechtsſchutz gelaſſen haben wird, darüber kann doch verſtändigerweiſe wohl kein Zweifel obwalten, oder hätten z. B. die Mitglieder der römiſchen Publikanengeſellſchaften keinen klagbaren Anſpruch auf die auf ihre Actie fallende Dividende gehabt?! Für das Recht des Gemeingebrauchs (usus publicus) in Bezug auf die demſelben unterliegenden Corporationsgüter z. B. an den zum Gemeingebrauch beſtimmten Lokalitäten, Weiden, Wäldern bietet die act. popularis (ſ. u.) eine paſſende Analogie.

dies läugnen will, muß den Nachweis führen, daß unſere Definition der Rechte als rechtlich geſchützter Intereſſen oder als Selbſtſchutz der Intereſſen auf einem Fehler beruht. Die hier entwickelte Auffaſſung war übrigens den Römern ſelber ſo wenig fremd, daß man ſie umgekehrt als die altrömiſche bezeichnen kann,[468] wie ſie denn überhaupt nur da ſich wird verläugnen können, wo der Gemeinſinn, das Gefühl, daß Jeder in dem Allgemeinen zugleich das Seinige beſitzt, in demſelben Maße darnieder liegt, als die Herrſchaft der juriſtiſchen Formel blüht — nur ein ungeſunder Boden konnte die bekämpfte Theorie zur Reife bringen.

Eine noch complicirtere Geſtalt nimmt das obige Verhältniß bei den Stiftungen an. Daß auch bei ihnen der Zweck und Schwerpunkt dieſer ganzen Rechtsmaſchinerie nicht in letzterer ſelbſt, ſondern in den natürlichen Perſonen liegt, denen die Stiftung zu gute kommen ſoll, daß die Perſonification derſelben alſo nichts als eine

---

468) Bezeichnung der Corporation mit dem Namen der Einzelnen: gentiles, cives, municipes, socii vectigalium publicorum, publicani, coloni, decuriones, virgines vestales, sacerdotes. So wird denn auch das Vermögen der Corporation als das der Mitglieder bezeichnet, z. B. agri virginum vestalium (Hyginus ed. Lachmann gromatici veteres S. 117) proprietates ad colonos pertinent (Aggenus ibid. p. 80). Quorum (municipum) omnes facultates . . . locaque communia (Cic. ad fam. XIII, 11), auch von Juriſten z. B. L. 41 de A. R. D. (41. 1) . . civium non esse . . . tuendi cives. L. 7 §. 2 Quod. cuj. (3. 4) . . cum jus omnium in unum reciderit. L. 1 §. 2 ib. quod eorum commune erit. L. 11 §. 1 quod vi (43. 24) . . res eorum, und in den Geſetzen ſ. z. B. Tab. Malac. c. 60: praedes in commune municipium dato: pecuniam communem eorum salvam iis fore. Jene Ausdrücke: municipes, cives waren übrigens zweideutig, es konnten mit ihnen z. B. bei einem Legat auch die einzelnen Individuen als ſolche (demonstrationis causa) gemeint ſein. In dieſem Fall ward das Legat an die ſämmtlichen im Augenblick des Todes vorhandenen Mitglieder vertheilt, im entgegengeſetzten Fall fiel es an die Gemeinde, wurde „pecunia communis municipum“ im obigen Sinn. S. über dieſen bisher kaum beachteten Gegenſatz L. 20 de reb. dub. (34. 5) und L. 2 ibid. L. 23 de ann. (33. 1). So erklärt ſich Ulp. XX §. 5: nec municipia, nec municipes, worin Savigny, Syſtem B. 2 S. 249 eine bloße Ausdrucksverſchiedenheit erblicken will.

Form der Zuwendung und Beſtimmung eines Vermögens für die Zwecke und Intereſſen unbeſtimmter Perſonen iſt, wird auch hier keiner Ausführung bedürfen.[468a]) Die Armen, Kranken, Wittwen, Waiſen, Kunſtfreunde ſind die Deſtinatäre der entſprechenden Stiftungen.[469]) Aber ſind ſie auch Subjecte derſelben, d. h. nimmt dieſe ihre Berufung zu den Nutzungen derſelben den Charakter eines Rechts an? Dies entſcheidet ſich darnach, ob ſie eine Klage haben. Iſt die Berufung zu der Stiftung in einer Weiſe geſchehen, daß die Perſon des zum Eintritt oder Genuß Berechtigten im einzelnen Fall völlig beſtimmt iſt, ſo liegt ein ſtiftungsmäßiger Anſpruch vor, deſſen klagweiſe Verfolgung gar keinem Anſtand ausgeſetzt ſein kann. Wie aber, wenn dies nicht der Fall, wenn alſo die Aufnahme der einzelnen Beneficiaten rein dem Ermeſſen der verwaltenden Behörde überlaſſen iſt? Hier kann von einer Klage nicht die Rede ſein — es handelt ſich hier um einen Akt der Adminiſtration, nicht der Juſtiz. Aber wenn es nun der Adminiſtration gefiele, die ganze Stiftung ihrem Zweck zu entfremden, die Kunſtanſtalt z. B. zu ſchließen oder bloß Künſtlern den Zutritt zu verſtatten — iſt denn das Publikum dagegen machtlos? Ich meine damit nicht den Weg der Beſchwerde bei der oberſten Staatsbehörde, ſondern den Weg des Rechts. In der That hat das ſpätere römiſche Recht denſelben eröffnet,[470]) es verſtattet Jedem

---

468a) Die einſeitige formal-juriſtiſche Behandlungsweiſe des Rechts, welche das Zweckmoment völlig aus dem Auge verliert und ſich auf dieſe Beſchränktheit wohl gar noch etwas einbildet, hat freilich dem Verhältniß eine Geſtalt gegeben, in der man es kaum wiedererkennt, man ſehe z. B. die Darſtellung deſſelben bei Mühlenbruch, Rechtl. Beurtheilung des Städel'ſchen Beerbungsfalles S. 69 fl., womit zu vergleichen die Auffaſſung ſeiner Gegner S. 90 fl.

469) In der ſpätern römiſchen Zeit wurden bei einer zu ihren Gunſten beabſichtigten Stiftung nicht ſelten ſie ſelber zu Erben eingeſetzt, z. B. die pauperes, captivi, L. 24, 28, 49 Cod. de episc. (1. 3) L. 19 Cod. de sacr. eccl. (1. 2).

470) Juſtinian in der nicht gloſſirten const. 6 Cod. de episc. (1. 3) . . et cuicunque civium idem etiam facere licentia erit. Cum enim sit

eine actio popularis auf Realiſirung einer in einer letztwilligen Urkunde errichteten Stiftung. Unſerer Definition des Rechtsbegriffes nach würde demnach auch hier ein Recht anzunehmen ſein, denn die beiden Momente: das Intereſſe und der Selbſtſchutz deſſelben liegen vor. Daß der Kläger nicht ausſchließlich ſein perſönliches Intereſſe, ſondern in und mit demſelben zugleich das allgemeine verfolgt, ſteht der Annahme eines Rechts nicht entgegen.

Ganz dieſelbe Erſcheinung wiederholt ſich bei dem Rechtsverhältniß an res sacrae, religiosae und res publicae. Nur ſcheinbar wird an dieſen Sachen die Möglichkeit eines Rechtsverhältniſſes geläugnet, indem ſie von den römiſchen Juriſten zu den res extra commercium gezählt werden. Denn commercium iſt keineswegs gleichbedeutend mit Möglichkeit eines Rechtsverhältniſſes, die Bedeutung dieſes Ausdrucks iſt vielmehr eine ungleich engere, nämlich: rechtliche Möglichkeit Handelsobject (merx, mercari, commercium) zu ſein, verkauft werden zu können. Der Mangel dieſer Eigenſchaft entrückt die Sache im Mindeſten nicht dem Dienſt des Menſchen, — welche Sachen dienen ihm z. B. mehr, als gerade die res publicae? — ſondern beſchränkt nur dieſen Dienſt ausſchließlich auf eine der oben S. 334 aufgeführten Genußformen, nämlich auf die der Beſtimmung der Sache entſprechende reale Benutzung derſelben mit Ausſchließung jeder andern Genußform, namentlich auch der idealen mittelſt Verkaufens oder Vermiethens, kurz auf das „uti“.[471]) Ganz dieſelbe Beſchränkung wiederholt ſich auch bei den Prädialſervituten und der perſönlichen Servitut des Uſus. So wenig wie bei ihnen, ſo wenig ſchließt dieſe Beſchränkung bei den res sacrae, religiosae und publicae die

communis pietatis ratio, (gemeinnütziges Intereſſe) communes et populares decet etiam affectiones constitui harum rerum executionis, habituro unoquoque licentiam ex nostra hac lege movere ex lege condictitiam et postulare relicta impleri.

471) Im neueſten Recht iſt bei den res sacrae unter gewiſſen Beſchränkungen der Verkauf zugelaſſen L. 21 Cod. de sacr. (1. 2) Nov. 120 c. 10.

Annahme eines Rechts an der Sache aus. Bei den beiden erſtgenannten Arten von Sachen kommt daſſelbe dem Eigenthum ziemlich nahe, wie dies die römiſchen Juriſten ſelber ausdrücklich bemerken.[472] Es iſt ein exkluſives Recht wie dieſes und iſt eben ſo vollſtändig geſchützt, nur daß die Form der Klagen eine andere iſt.[473] Das Recht an den res religiosae konnte ſogar übertragen werden, nur nicht für Geld (Note 460), es entſtand durch longi temporis praescriptio,[474] kurz es fehlte ihm nichts zum Recht an der Sache.[475] Ihm dieſe Eigenſchaft beſtreiten kann nur der, welcher das Eigenthum und die ihm entwachſenen Rechte für die einzig mögliche Form dieſes Begriffs anſieht. Erkennt man dieſen Irrthum als das, was er iſt,[476] ſo wird man auch über die

---

472) L. 2 §. 2 de int. (43. 1) . . veluti proprietatis causam continent. Tit. Cod.: Ne rei dominicae vel templorum vindicatio temporis praescriptione summoveatur (7. 38). L. 21 Cod. de sacr. eccl. (1. 2); von dem Grabmal gebrauchten ſchon römiſche Juriſten den Ausdruck dominus, L. 6 de sep. viol. (47. 12) oder erkannten doch, wenn ſie an der Strenge des Begriffs feſthielten, die Anwendbarkeit der nöthigen Rechtsſchutzmittel auf daſſelbe an L. 13 §. 5 quod vi (43. 24).

473) Nicht die reivindic. [L. 4 Cod. de relig. (3. 44), von Alexander Severus] ſondern Interdicte (Note 472) und actiones in factum ſ. z. B. L. 43 de R. V. (6. 1). Für die ſpätere Zeit hatte dieſer formelle Gegenſatz ſeine Bedeutung verloren, hier konnte man daher die Klage geradezu als vindicatio bezeichnen, ſ. den in der vorigen Note citirten Codextitel.

474) Nach L. 6 Cod. de rel. (3. 44), nicht nach L. 4 de mort. inf. (11. 8).

475) Darum ſprechen denn auch die Quellen nicht bloß von einem jus prohibendi des Berechtigten L. 8 §. 4 de relig. (11. 7), ſondern geradezu von einem jus sepulcri und jura sepulcrorum, L. 4 de mort. inf. (11. 8), L. 3 §. 9 de sep. viol. (47. 12), L. 4, 6, 8, 13 Cod. de rel. (3. 44), von einem jus monumenti, L. 13 §. 7 Damni inf. (39. 2), von dem „Intereſſe" deſſen, dem das Grabmal gehört (ad quem pertinet) L. 3 pr. §. 8—10 cit.

476) Gegen dieſen Irrthum habe ich mich bereits früher in zwei den Baſeler Feſtungsſtreit betreffenden Gutachten (1862. No. 1 Leipzig, No. 2 Baſel) ausgeſprochen. Das Eigenthum iſt nicht die einzige Form des „Gehörens". Meine Haare gehören mir und, wenn ſie abgeſchnitten ſind, fallen ſie in

Natur des Rechtsverhältniſſes an den res publicae nicht im Zweifel ſein können. Daſſelbe iſt in keiner Weiſe erſchöpft, wenn man es lediglich auf die rechtliche Qualität des Gegenſtandes als einer dem Verkehr entzogenen und dem allgemeinen Gebrauch überwieſenen Sache ſtellt und es demgemäß bei der Lehre von Eigenſchaften der Sachen erörtert,[477]) gleich als handle es ſich hier lediglich, wie bei der res nullius, um den rechtlichen Zuſtand einer Sache. Der Sache ſteht hier vielmehr eine Perſon gegenüber,[478]) der ſie dient, und nicht bloß zufällig, faktiſch, ſondern vermöge rechtlicher Nothwendigkeit — in dieſem Dienſt, in dieſer ihrer totalen Hingabe an den gemeinen Gebrauch (usus publicus) geht ihre ganze Beſtimmung auf.[479]) Zu einem Recht aber geſtaltet ſich das Verhältniß erſt dadurch, daß den Deſtinatären: den Staatsangehörigen, Gemeindemitgliedern — dem Fremden kommen dieſe Sachen bloß in Form der Reflexwirkung zu gute — eine Klage: die oben berührte actio popularis eingeräumt iſt, und zwar nicht etwa bloß zur Verfolgung des allgemeinen, ſondern auch des

---

mein Eigenthum, daraus folgt aber nicht, daß ſie ſchon vorher in dieſer Form mir gehören müßten. So „gehören" auch die res publicae dem Staat und, wenn ſie dem Gemeingebrauch entzogen ſind, fallen auch ſie unter die Form des gewöhnlichen Eigenthums, daraus folgt aber nicht im Mindeſten, daß das Gehören, das „populi, universitatis esse" ſchon früher dieſe Form an ſich tragen müſſe. Auch die im Gemeingebrauch ſtehenden Sachen (res publicae) „universitatis esse creduntur", gleichwohl aber „nullius in bonis (d. h. im Eigenthum) esse creduntur" L. 1 pr. de R. D. (1. 8), und die res „quae communes omnium sunt", ſtehen nicht im Miteigenthum.

477) Der erſte, der ſich von dieſer althergebrachten Sitte losgeriſſen hat, iſt Windſcheid Lehrbuch des Pandektenrechts B. 1 (1862) §. 146. Bis zur Anerkennung des von mir bereits vor dem Erſcheinen dieſes Werks in dem obigen erſten Gutachten poſtulirten Rechtes des Gemeingebrauchs iſt auch er freilich noch nicht vorgegangen.

478) Privatorum usibus deserviunt, L. 2 §. 2 Ne quid i. l. p. (43. 8).

479) L. 2 §. 5 cit.: publico usui destinata sunt. L. 83 §. 5 de V. O. (45. 1): usibus publicis in perpetuum relicta. §. 2 I. de inut. stip. (3. 19): usibus populi perpetuo exposita.

eigenen Intereſſes (I. 202). Daß die römiſche Rechtstheorie dieſes Recht nicht mit regiſtrirt hat,[480]) darf uns ebenſo wenig Wunder nehmen, als abhalten das Verſäumte nachzuholen. Indem wir letzteres thun, werden wir nicht umhin können, das Recht des Gemeingebrauchs unter die Zahl der Rechte an den Sachen aufzunehmen. Zu dem Ende bedarf freilich der letztere Begriff oder richtiger der Begriff des Rechts überhaupt einer Erweiterung. Derſelbe ſpaltet ſich in zwei Aeſte: das Individualrecht und Gemein- oder Geſammtrecht. Der Charakter des erſteren beſteht in dem Moment der Ausſchließlichkeit, der excluſiven Berechtigung, womit die Möglichkeit einer Theilung des Rechts nicht im Widerſpruch ſteht — in jeder Quote des Rechts wiederholt ſich die Contraction des Rechts auf ſich ſelbſt, ſeine Abſperrung nach außen hin. Bei den meiſten dieſer Claſſe angehörigen Rechten geſellt ſich noch das Moment der abſoluten Herrſchaft d. i. der freien Dispoſitionsbefugniß oder, wie ich es faſſe (S. 334), der Wahl der Genußformen hinzu. Wie wenig weſentlich aber dies Moment iſt, zeigen die auf den bloßen usus beſchränkten Servituten und das obige Recht an res religiosae, welches ebenfalls zur Claſſe der Individualrechte gehört. Der Charakter der zweiten Claſſe beruht auf der Abweſenheit des excluſiven Moments, oder poſitiv ausgedrückt auf der ungetheilten und untheilbaren Gemeinſamkeit des Genuſſes. Zu den Rechten dieſer Claſſe zählen außer dem Rechte des Gemeingebrauchs auch die oben beſchriebenen, welche Jemand als Mitglied einer Corporation (Genoſſenſchaft) oder als Deſtinatär einer milden Stiftung hat. Alle dieſe Rechte ſind geknüpft an die Zugehörigkeit zu einem gewiſſen Kreiſe von Perſonen, möge er weit oder eng ſein, ſie entſtehen mit dem Eintritt, ſie hören auf mit dem

480) Obſchon ſie den dieſem Verhältniß innewohnenden Rechtsgehalt gelegentlich anerkennt, ſ. z. B. L. 2 §. 2 Ne quid in l. p. (43. 8) . . tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet. Bei den Byzantinern (Schol. 30 Bas. lib. 60 tit. 4 l. 5) kommt der Ausdruck: *δίκαιον δημοτικὸν* (jus populare, nicht publicum) vor, worauf Bruns Zeitſchr. f. Rechtsgeſch. III. S. 392 aufmerkſam macht.

Austritt. Ihre Beſtimmung und ihr Nutzen erſchöpft ſich nicht in den Intereſſen dieſer gegenwärtigen Subjecte, ſondern ſie haben die Intereſſen der Gattung, auch der kommenden Generationen zum Gegenſtande. Eben daraus ergibt ſich für ihre legislative Geſtaltung ein folgenreicher Geſichtspunkt. So wie der Staat in vormundſchaftlicher Fürſorge ſich der Perſonen, die ſelber ihre Rechte nicht wahren können, annimmt, ſo wie dem Ungebornen ſein Antheil an der auf ihn gefallenen Erbſchaft geſichert wird, ſo hat auch der Staat für die kommenden Geſchlechter Fürſorge zu treffen und darüber zu wachen, daß nicht eine egoiſtiſche Gegenwart einen Raub an ihnen begehe, indem ſie das auch für ſie mit Beſtimmte ſeiner Beſtimmung entfremde und lediglich für ihre Zwecke verzehre.[480a]) Aber andererſeits hat doch das lebendige Geſchlecht ein höheres Recht, als das noch ungeborne, die Noth des Tages einen dringlicheren Anſpruch, als die Rückſicht auf die Zukunft, es kann Fälle geben, wo jene Conſumtion oder die Veränderung des Beſtimmungszweckes vollkommen gerechtfertigt iſt.[481]) Dieſe Vermittlung zwiſchen den Intereſſen und Rechten der Generationen: zwiſchen dem Stiftungswillen der Vergangenheit, der Noth der Gegenwart und der Anwartſchaft der Zukunft iſt eine Frage der höheren hiſtoriſchen Gerechtigkeit, wie ſie nicht ein für alle Mal durch eine im voraus feſtgeſetzte ſtarre Rechtsregel, ſondern nur durch die freie Einſicht der oberſten Staatsgewalt befriedigend gelöſt werden kann — das Recht geht bei dieſem Punkt in die Adminiſtration über.

Die bisherige Erörterung hatte zum Zweck, unſere Definition des Rechts an einigen Verhältniſſen zu erproben, bei denen man

480a) S. meine Abh. über die paſſiven Wirkungen der Rechte in meinen Jahrb. X. S. 436.

481) Beide Geſichtspunkte ſind von Juſtinian richtig erkannt; der eine in L. 46 §. 9 Cod. de episc. (1. 3), der andere in L. 21 Cod. de sacr. eccl. (1. 2) und Nov. 120 c. 10.

bisher das Vorhandenſein eines Rechts überſehen hat. Auch bei dem Beſitz iſt bekanntlich die Frage, ob er zu den Rechten zu zählen, und zu welcher Claſſe derſelben, außerordentlich ſtreitig. Wenn die bisher entwickelte Begriffsbeſtimmung des Rechts richtig iſt, ſo verſteht ſich die Bejahung der erſteren Frage von ſelbſt: der Beſitz iſt ein rechtlich geſchütztes Intereſſe.[482] Da dies Intereſſe aber die Sache zum Gegenſtande hat und zwar unmittelbar (nicht wie bei der Obligation mittelbar), ſo iſt der Beſitz zu den Rechtsverhältniſſen an der Sache zu ſtellen. Ganz daſſelbe gilt von der bonae fidei possessio. Daß weder dieſe beiden Verhältniſſe, noch die Rechtsverhältniſſe an den res publicae und religiosae der Aufnahme unter die Sachenrechte gewürdigt ſind, hat nur darin ſeinen Grund, daß man ganz unkritiſcher Weiſe den Begriff des Rechts an der Sache lediglich nach dem Eigenthum und den jura in re aliena zuſchnitt, gleich als erſchöpften ſie die rechtlichen Beziehungen des Menſchen zur Sache, oder als ſeien die übrigen, weil ſie hinter ihnen an Rechtsgehalt zurückſtehen, nicht ebenfalls rechtlich geſchützte Beziehungen zur Sache. Der Beſitzer und bonae fidei possessor, ſagt man, weichen dem Eigenthümer. Gewiß! aber hat nicht letzterer auch dem Pfandgläubiger zu weichen, und dieſer wiederum jenem, wenn derſelbe die Schuld abtragen will? Gehört es zum Begriff des Rechts an der Sache, daß es keinem andern weicht? Der Beſitz iſt ſeiner urſprünglichen Idee nach nichts als das *Eigenthum in der Defenſive*. Es wäre um das Eigen-

---

[482] Die römiſchen Juriſten erkennen das mit dem Beſitz verbundene Recht nicht ſelten an z. B. L. 2 Uti poss. (43. 17) und L. 36 i. f. de poss. (41. 2): plus juris L. 2 §. 38 Ne q. i. l. p. (43. 8) jure possessionis fruitur L. 44 pr. de poss. (41. 2) jus possessionis non videri peremtum L. 38 §. 3 de V. O. (45. 1) . . minuitur ex jure, quod habuit. Wenn ſie andererſeits dagegen den Beſitz als etwas Faktiſches bezeichnen, ſo ſteht das damit keineswegs im Widerſpruch. Das *Faktum* des Innehabens iſt die *Grundlage* für das *Recht* des Beſitzes, in derſelben Weiſe, wie das Faktum der phyſiſchen Exiſtenz des Menſchen die Grundlage für das mit ihr verbundene Recht der Perſönlichkeit. Hier wie dort geht das Recht mit dem Faktum unter, aber die Anſprüche aus einer Verletzung deſſelben dauern fort.

thum geschehen, wenn der Eigenthümer, um sich im Genuß seines Rechts zu schützen, jedes Mal sein Eigenthum beweisen müßte; die Vollständigkeit des Eigenthumsschutzes postulirt vielmehr mit absoluter Nothwendigkeit den Satz, daß schon die bloße Thatsächlichkeit des Eigenthums d. i. der Besitz respectirt und geschützt werden müsse.[482a]) Die Besitzrechtsmittel repräsentiren die Defensive, die rei vindicatio die Offensive im Eigenthum. Indem aber dieser defensive Schutz des Eigenthums, der nicht minder wie der offensive innerhalb seiner Sphäre ein absoluter ist d. h. gegen jeden ertheilt wird, der das Eigenthum von dieser Seite antastet, von dem Beweis des Eigenthums entbunden wird, ergibt sich daraus die nothwendige Consequenz, daß auch der besitzende Nichteigenthümer desselben theilhaftig wird — um den Eigenthümer als Besitzer, mußte man den Besitzer schlechthin schützen. Damit aber gestaltete sich der Besitz zu einem selbständigen Rechtsverhältniß neben und außer dem Eigenthum, also zu einem Recht an der Sache. Das Charakteristische desselben läßt sich mit einem Wort bezeichnen als: eine zur Selbständigkeit des Schutzes und Rechts erhobene Situation des Eigenthums. Von der b. f. possessio gilt ganz dasselbe: sie ist eine zur Selbständigkeit des Rechts erhobene Form des offensiven Schutzes des Eigenthums. Daß ihr der Charakter eines Rechts an der Sache zukommt, würde in einem Recht, das den Schutz und die Idee des Eigenthums lediglich in dieser minderen Form anerkannt hätte, Niemand bezweifeln, und nur dem Umstand, daß das römische Recht neben dieser schwächern Form noch die stärkere der reivindicatio ausgebildet hat, ist es zuzuschreiben, daß man jenes Rechtsverhältniß bisher nicht als eine Eigenthumsform anerkannt, dasselbe vielmehr im System in derselben Weise unter der actio Publiciana hat verschwinden lassen, wie das Rechtsverhältniß an den res publicae und religiosae unter der Lehre von den Sachen.

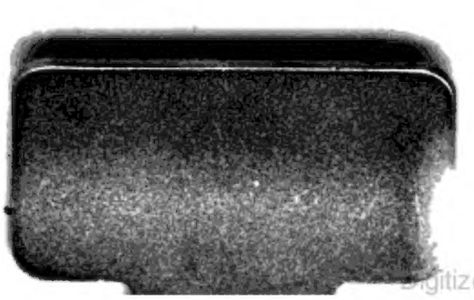
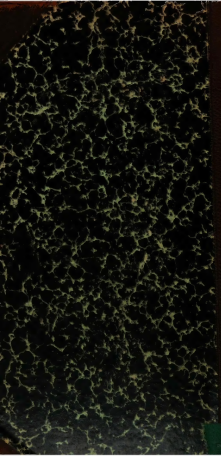
482a) Die obige Idee ist inzwischen des Nähern von mir ausgeführt in meiner Schrift: Ueber den Grund des Besitzesschutzes. Aufl. 2 Jena 1869.

Dieſe ſyſtematiſche Stellung und die darin ſich kundgebende Auffaſſung würde richtig ſein, wenn die Publiciana lediglich dem Eigenthümer zugedacht, alſo an den Beweis des Eigenthums geknüpft wäre. Da ſie aber gerade dafür beſtimmt iſt, dieſen Beweis durch einen leichteren zu erſetzen, den auch der Nichteigenthümer erbringen kann, ſo geſtaltet ſie ſich ebendamit zum Schutzmittel eines ſelbſtändigen ſachenrechtlichen Verhältniſſes außer und neben dem Eigenthum. Möge daſſelbe im Zuſammenſtoß mit dem Eigenthum immerhin unterliegen, gleichwie der Beſitz im Zuſammenſtoß mit einem von ihnen beiden — ſo lange dieſer Zuſammenſtoß nicht erfolgt iſt, bewegen ſie ſich innerhalb der ihnen zugewieſenen Bahnen ganz mit der Kraft und Autorität eines Rechts. Die Vorausſichtlichkeit des Unterganges beim Eintritt eines gewiſſen Umſtandes ſchließt die vorherige Exiſtenz des Rechts nicht aus.

Für die praktiſche Jurisprudenz hat das eben Entwickelte nicht den geringſten Werth, und ſchwerlich würden ſich die römiſchen Juriſten die Mühe genommen haben, die berührten Fragen eingehender zu behandeln. Ihr Standpunkt war der unmittelbar praktiſche: der der Klage (II. 637). Wie das der Klage zu Grunde liegende Recht ſyſtematiſch zu charakteriſiren und claſſificiren ſei, kümmerte ſie wenig, — hat man doch ſogar behauptet, daß ſie nicht einmal beim Pfandrecht die Abſtraction von der Klage auf das Recht gemacht, ſondern ſich bei der Vorſtellung der Pfandklage beruhigt hätten. Unſer heutiger Standpunkt iſt aber, wie bereits an der angeführten Stelle bemerkt ward, ein anderer geworden, das Fundament unſerer heutigen wiſſenſchaftlichen Syſtematik bildet nicht die Klage, ſondern das Recht. Aber freilich fehlt noch viel an der conſequenten Durchführung deſſelben; mit dem einen Fuß ſtehen wir auf dem römiſchen, mit dem andern auf dem modernen Boden, unſere Syſtematik der Rechte und der Klagen ſchiebt ſich nicht ſelten in wunderbarſter Weiſe durcheinander, die in rem actiones finden ihren Platz bei den Rechten, denen ſie dienen, aber die ebenfalls zum Schutz dieſer Rechte beſtimmten in personam actiones wandern ins Obligationenrecht. Weniger um dieſen Mangel aufzu-

decken, als um die aufgeſtellte Definition des Rechts gegen einige nahe liegende Einwendungen zu vertheidigen, war ich gezwungen, die Verhältniſſe, denen man letztere entnehmen konnte, einer Betrachtung zu unterziehen. Eine weitere Verfolgung des Verhältniſſes zwiſchen Recht und Klage iſt an dieſer Stelle weder geboten, noch thunlich.

Digitized by Google



Digitized by Google